

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1002

(Ano XIII)

(20/02/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Ilícitos relacionados à inobservância das filas de vacinação da Covid-19

Leandro Bastos Nunes, 04.

ARTIGOS

Bola Fora

Ricardo Nogueira Viana, 10.

A aplicação da Súmula Vinculante nº 13 aos agentes políticos: uma abordagem à luz da jurisprudência do STF

Elder Soares da Silva Calheiros, 12.

Stealthing deve ser considerado como crime

Jaqueline Leite da Silva Mitre, 16.

Lei nº 9.099/95 e as infrações de menor potencial ofensivo: aplicabilidade e inovações apresentadas pelo microsistema procedimental perante a jurisdição estatal brasileira

Alexia Aqueni Bernardes de Oliveira, 24.

Direito à educação bilíngue para surdos no Brasil

Thalita Duarte de Souza, 44.

O Sistema Penitenciário Brasileiro e sua Ineficácia na Ressocialização do Condenado

Bruna Spagnol, 60.

A inaplicabilidade do novo teto de requisição de pequeno valor (RPV) para execuções judiciais em curso contra a fazenda pública: uma necessidade de modulação pelo STF?

Elder Soares da Silva Calheiros, 72.

O contrato de compra e venda no Código Civil e na Lei nº. 8.078/1990

João Pedro Silva Versiani, 79.

O poder de crítica no meio virtual: uso da liberdade de expressão em oposição às decisões do poder judiciário

Inaê Muniz Pires de Queiroz, 86.

Pensão por morte do servidor público federal, de acordo com a EC nº 103/19

Michel Martins de Moraes, 100.

O teletrabalho: uma abordagem jurídica

Ângela Cristina Florentino da Silva, 113.

IPTU: uma abordagem acerca a extrafiscalidade

Ricardo Scravajar Gouveia, 174.

Crimes cibernéticos: é preciso conhecer para proteger-se

Helenisse Nunes Fagundes, 204.

O julgamento da criminalização da homofobia pelo STF: uma análise a partir da teoria dos sistemas de Luhmann

Luisa Victor Kukuchi D'Avola, 223.

Usucapião de bem público em regime de enfiteuse

Danilo França Falcão Pedrosa, 250.

Os impactos causados pela omissão das leis ambientais em relação ao microplástico

Bruna Guillard de Souza, 254.

ILÍCITOS RELACIONADOS À INOBSERVÂNCIA DAS FILAS DE VACINAÇÃO DA COVID-19

LEANDRO BASTOS NUNES: Procurador da República, especialista em direito penal e processo penal, professor de cursos de atualização para servidores públicos do Ministério Público Federal (MPF), articulista, palestrante, e autor da obra "evasão de divisas" (editora juspodivm).

O presente artigo tem por objetivo tecer **brevíssimas** considerações acerca dos possíveis ilícitos relativos à ausência de observância na ordem das filas na aplicação da vacina Coronavac no Brasil, ante a divulgação na mídia relativamente à ausência de observância da ordem legal de prioridade estabelecida no plano nacional do Ministério da Saúde (<https://oglobo.globo.com/brasil/antes-criticos-da-vacina-politicos-apadrinham-inicio-da-imunizacao-em-5-estados-ha-casos-de-fura-filas-24848300>.)

Inicialmente, ilustra-se o exemplo do Prefeito ou agente público que, utilizando-se da influência inerente ao cargo, não atente à observância dos grupos prioritários estabelecidos **nos planos municipal, estadual ou nacional de operacionalização de vacinação contra a Covid-19** (Disponível em https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano_vacinacao_versao_eletronica-1.pdf).

Referida conduta poderá repercutir nas penas do **crime de abuso de autoridade** (art. 33 da Lei 13.869/2019):

Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse amparo legal:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena **quem se utiliza de cargo** ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para **obter vantagem ou privilégio indevido**

De outra parte, caso o agente público **exija** que seja vacinado no lugar de outras pessoas que teriam prioridade legal, poderá incidir no crime de **concussão (artigo 316 do Código Penal- CP)**, porquanto o núcleo do verbo estabelecido no tipo penal previu qualquer vantagem indevida, não tendo a lei restringido especificamente ao benefício econômico.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte entendimento doutrinário:

Discute-se, ainda, a respeito da natureza da indevida vantagem exigida pelo funcionário. Alguns doutrinadores, a exemplo de Damásio **de** Jesus, aduzem que a vantagem pode ser patrimonial ou econômica, presente ou futura, beneficiando o próprio agente ou terceiro. A segunda posição advoga a tese ampla do conceito de indevida vantagem. Mirabete preconiza que, ' referindo-se a lei, porém, a qualquer vantagem e não sendo a concussão crime patrimonial, entendemos, como Bento de Farias, que a vantagem pode ser expressa por dinheiro ou qualquer outra utilidade, seja ou não de ordem patrimonial, proporcionando um lucro ou proveito. **Acreditamos assistir razão à segunda posição, que adota um conceito amplo de vantagem indevida.** Isso porque, conforme esclarecido por Mirabete, não estamos no Título do Código Penal correspondente aos crimes contra o patrimônio, o que nos permite ampliar o raciocínio, a fim de entender que a vantagem indevida, mencionada no texto do art. 316 do Código Penal, pode ser de qualquer natureza (sentimental, moral, sexual, etc) **(GRECO, p. 1101)**

Com efeito, quando o legislador quis efetivar a restrição para as hipóteses de vantagem econômica, assim o fez de forma expressa, como, por exemplo, no crime de extorsão previsto no **art. 158 do Código Penal** ("Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e **com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica**, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.").

Em relação ao particular que oferecer vantagem indevida ao servidor público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (**v.g proveito econômico indevido com a finalidade de burlar o critério de prioridade na vacinação**) haverá a incidência, em tese, do delito de **corrupção ativa** (artigo 333 do Código Penal); se o funcionário público aceitar o benefício

indevido, a conduta deste estará subsumida no crime de corrupção passiva (art. 317 do CP).

No caso de o agente público, motivado por questões de “camaradagem”, amizade, ou outro **elemento subjetivo especial** (finalidade de satisfazer interesse ou sentimento pessoal), permitir que o *extraneus* (particular) seja vacinação em detrimento de outras pessoas integrantes do grupo prioritário legal, incidirá, em princípio, nas penas do **art. 319 do Código Penal (delito de prevaricação)**.

Não é outro o entendimento da **abalizada doutrina**:

(...) exige-se o elemento subjetivo do tipo compreendido com a expressão “ para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”. Sem essa finalidade específica, a conduta será atípica. Interesse pessoal é a vantagem pretendida **pelo** funcionário público, seja moral ou material. **Sentimento diz** respeito à afetação do funcionário para com determinada pessoa, como **simpatia**, ódio, vingança, etc (**GUEIROS e JAPIASSÚ, p. 1025**).

Outra exemplificação possível é na hipótese de preenchimento de formulário para fins de vacinação com dados falsos em seu conteúdo, o que poderá resultar na consumação do **crime de falsidade ideológica (artigo 299 do Código Penal)** ou, no caso de assinatura falsificada aposta em documento impresso, no delito de falsificação de documento público (art. 297 do Código Penal), caso a documentação seja emitida por Órgão Público.

Considerando que a vacina é bem público, o desvio na ordem de imunização (filas de vacinas contra a Covid-19) configurará, em tese, o crime de **peculato-desvio** (“Art. 312 – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, **ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio**. Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa ...”) atribuído ao agente público responsável, assim como em relação ao particular beneficiado, com fundamento no disposto do art. 30 do CP.

Ainda que o valor unitário da vacina seja de ínfimo valor econômico, haverá a tipificação penal, já que o entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência é sentido da não incidência do princípio da insignificância em relação aos crimes contra a administração pública, ante o fato de o bem jurídico tutelado ser a moralidade administrativa e, por conseguinte, insuscetível de valoração econômica,

nos termos da súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça : **“o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”**.

Especificamente em relação à não aplicação do princípio da bagatela ao crime de peculato, decidiu a **5ª Turma do STJ**:

“(...) É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato e aos demais delitos contra a Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica” (STJ, 5ª Turma, HC 310.458/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Dje 26/10/2016)

Caso a conduta seja atribuída a Prefeito, subsumir-se-á na seguinte tipificação prevista no artigo 1º, I, do Decreto-Lei 201/67:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do **pronunciamento** da Câmara dos Vereadores:

I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, **ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;**

(...)”

Por outro lado , haverá repercussão na esfera cível (**ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8429/92**), por violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e/ou moralidade, podendo-se extrair, a título de exemplificação, a ação proposta pelos Ministério Público Federal (MPF) e Ministério Público do Estado da Bahia-MP/BA (**subscrita pelos procuradores da República Carlos Victor de Oliveira Pires, Marília Siqueira da Costa, e a promotora de Justiça Tatyandes Mereira Cades**), em detrimento de Prefeito, que “furou” a fila para receber a **primeira dose da CoronaVac em Candiba/BA** (disponível em <http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/noticias-ba/covid-19-mpf-e-mp-ba-acionam-por-improbidade-prefeito-que-furou-fila-e-recebeu-a-primeira-dose-da-coronavac-em-candiba-ba>).

No que se refere à incidência de **dano moral coletivo**, este ocorrerá se houver afronta a valores fundamentais de uma coletividade, o que incidirá na hipótese de comprovação de determinado esquema fraudulento na operacionalização do plano de imunização do poder público contra a Covid-19 (*v.g.*: inobservância das ordens estabelecidas nas filas da vacinação), porquanto haveria lesão na esfera moral de toda a comunidade, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

(...) **XXI- O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, dá-se quando a conduta agride, de modo ilegal ou intolerável, os valores normativos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva** (arts. 1º da Lei n.º 7.347/1985, 6º, VI, do CDC e 944 do CC, bem como Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil). **XXII- Entenda-se o dano moral coletivo como o de natureza transindividual que atinge classe específica ou não de pessoas. É passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem, a sentimento e à moral coletiva dos indivíduos como síntese das individualidades envolvidas a partir de uma mesma relação jurídica-base. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, sofrimento ou abalo psicológico suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos (...)** **(STJ, 2ª Turma, Agint no Resp 1712940/PE, Rel. Francisco Galvão, Dje 09/09/2019)**

Enfim, é necessário que todos se conscientizem acerca da importância relativa à observância dos critérios legais na ordem de vacinação estipulada em relação aos grupos prioritários, haja vista a necessidade de preservação da saúde e da vida daqueles que necessitam da imunização contra a Covid-19 no menor prazo possível, atentando-se, por conseguinte, aos princípios da solidariedade, legalidade, e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

Antes Críticos da vacina, políticos apadrinham início da imunização; em cinco estados, há casos de fura-filas. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/antes-criticos-da-vacina-politicos->

apadrinham-inicio-da-imunizacao-em-5-estados-ha-casos-de-fura-filas-24848300. Acesso em 21 de jan. 2021.

Covid-19: MPF e MP/BA acionam por improbidade prefeito que furou fila e recebeu a primeira dose da CoronaVac em Candiba (BA). Disponível em <http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/noticias-ba/covid-19-mpf-e-mp-ba-acionam-por-improbidade-prefeito-que-furou-fila-e-recebeu-a-primeira-dose-da-coronavac-em-candiba-ba>. Acesso em 21 de jan. 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói/RJ: Impetus, 2017.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito Penal Volume Único**. São Paulo: Atlas, 2020.

Plano nacional de operacionalização da vacinação contra a Covid-19. Disponível em https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano_vacinacao_versao_eletronica-1.pdf Acesso em 21 de jan. 2021.

BOLA FORA

RICARDO NOGUEIRA VIANA:

Delegado de Polícia. Pós graduado em direito penal e processual. Bacharel em Educação Física UNB e Direito UniCEUB. Atualmente Delegado Chefe 3ª DP/PCDF. Professor de TIP/DPP – ESPC/DF. Professor de Judô.

Apesar de nos aproximarmos da triste marca de três milhões de óbitos, o mundo não parou diante da pandemia da COVID 19. No ano pretérito, a cidade de Tóquio sediará a 32ª olimpíada da era moderna, entretanto, em razão da pandemia e devido a reações de atletas, de países competidores e da própria comunidade japonesa, a data foi prorrogada para julho do ano corrente. O Japão vem driblando adversidades e após a fixação da data do evento, na última sexta-feira, o presidente do Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos de Tóquio – Yoshiro Mori - chafurdou após sua imprudente fala misógina e sexista.

Yoshiro foi primeiro ministro japonês entre 2000 e 2001 e apesar de já ter liderado uma grande potência, suas atuais declarações discriminatórias denotam a não percepção da magnitude do cargo que ocupava e o verdadeiro sentido dos jogos. Em suma, o representante vociferou que mulheres falam demais, são competitivas e irritantes, e que no comitê organizador, todas sabem o seu lugar. Talvez se fosse prudente em seu colóquio, poderia rememorar o expoente que o esporte alcançou diante dos conflitos raciais que subsidiaram o movimento black lives matter.

No ano passado, os Estados Unidos tornaram-se um campo de batalha após o episódio de violência policial envolvendo o negro, George Floyd - o qual agonizou até o óbito. Contraponto ao evento, negros e brancos foram às ruas clamar por justiça e igualdade. Em consonância, atletas de alto nível, também conhecidos como de rendimento ou elite, de todas as raças e modalidades, deram um tom especial às manifestações posicionando-se em desfavor das desigualdades, do racismo e paralisando suas atividades.

Uma palavra vincula as declarações do Presidente do Comitê Olímpico e o movimento Vidas Negras Importam – o preconceito. Sim, primeiro quanto às mulheres, as quais vem galgando na sociedade japonesa, de forma letárgica, o caminho à igualdade. O segundo se refere à intolerância racial, a qual persiste de forma latente na ordem mundial vigente, subjugando afrodescendentes a uma

condição subalterna, vil e desumana. Em recente pesquisa, o Japão caiu para o 121º lugar no ranking de Igualdade de Gênero do Fórum Econômico Mundial, dentre 153 países, defasagem explicada pelas diferenças gritantes entre homens e mulheres dentro dos setores econômico e da saúde.

Mori provou do próprio veneno, ou melhor, morreu pela boca. O “cartola” não foi capaz de conceber o que estava representando: o esporte como expressão do ser, dogma do movimento humano, fonte de agregação entre os povos, sedimentado na mais sublime de sua manifestação, a olimpíada. Os jogos já foram usados e identificados como uma forma de manipulação, alienação, boicote de grandes potências e cancelados por guerras, mas com os novos posicionamentos da sua matéria prima - os atletas - passam a assumir um relevante papel de protagonismo das minorias. Manifestações de competidores, governantes e da comunidade internacional compulsaram a aposentadoria do hostil dirigente. Ippon nele.

Os Jogos Olímpicos não deveriam acontecer, mas vão. Uma olimpíada não se perfaz só de medalhas, resultados e heróis, mas também de muito dinheiro, marketing e lucro. O esporte não deve se calar diante, não só do preconceito, seja ele: racial, de gênero, origem ou condição especial, mas de todas as mazelas que desequilibram a sociedade. Apesar de uma geração de atletas se considerar preterida com o adiamento do sonho olímpico, o mundo esportivo deveria se curvar diante de milhões de vidas perdidas e se pronunciar pela interrupção do evento, até que o SARS COV 2 seja debelado e voltarmos a viver em harmonia. Seria prematuro tirar lições do pós-pandemia, pois ainda não a rechaçamos, mas é fato que a nova roupagem do esporte de alto nível: de liderança, combativo, questionador, propiciará a sedimentação e a formação de uma nova geração de ídolos que driblam, arremessam, dirijam e golpeiam com a mesma tenacidade que os possibilitem inventariar e transmitir valores. Então, que Miraitowa, mascote dos jogos, entrem em nossos lares de máscara, mãos lavadas e despida de preconceitos.

A APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 AOS AGENTES POLÍTICOS: UMA ABORDAGEM À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A questão atinente aos problemas brasileiros no tema do acesso ao funcionalismo público não é nova, porém vem sendo objeto de recentes críticas e contribuições doutrinárias[1], as quais se debruçam com afinco acerca de grandes contradições do cenário nacional no campo do serviço público.

Entre essas contradições com o modelo meritório de acesso à função pública está o nepotismo. Antes institucionalmente aceito, em que pese a reprovação por expressiva parcela dos cidadãos, o Supremo Tribunal Federal (STF), desde 2008, editou a Súmula Vinculante nº 13 sobre o nepotismo nos seguintes termos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Não obstante o inegável avanço trazido por esta Súmula Vinculante nº 13, notadamente para a efetivação dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativas (artigo 37 da Constituição Federal), tempos depois o STF

também admitiu a possibilidade de exclusão dos denominados agentes políticos deste entendimento sumular, a saber:

As nomeações para cargos políticos não se subsumem às hipóteses elencadas nessa súmula. Daí a impossibilidade de submissão do caso do reclamante, nomeação para o cargo de Secretário Estadual de Transporte, agente político, à vedação imposta pela Súmula Vinculante 13, por se tratar de cargo de natureza eminentemente política. Por esta razão, não merece provimento o recurso ora interposto. [Rcl 6.650 MC-AgR, voto da rel. min. Ellen Gracie, P, j. 16-10-2008, DJE 222 de 21-11-2008.] (grifou-se)

Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um *munus* governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de “agentes administrativos”. 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da Federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante 13. [Rcl 7.590, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 30-9-2014, DJE 224 de 14-11-2014.] (grifou-se)

Direito Administrativo. Agravo interno em reclamação. Nepotismo. Súmula Vinculante 13. **1. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política, ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral.** Precedentes. 2. Não há nos autos qualquer elemento que demonstre a ausência de razoabilidade da nomeação. [Rcl 28.024 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 29-5-2018, DJE 125 de 25-6-2018.] (grifou-se)

Segundo a jurisprudência do STF, quanto aos agentes políticos prevalece a regra da não-incidência da Súmula Vinculante nº 13, podendo ser aplicada, apenas de modo excepcional, caso comprovada na situação concreta analisada algum cenário fático inadmissível, a exemplo de: a) fraude; b) inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral; e c) nepotismo cruzado por designações recíprocas em troca de favores.

Em que pese esse entendimento, compreende-se que o objetivo sumular acima não foi o de permitir exceções na forma em que o próprio STF vem admitindo. Por exemplo, não se mostra moralmente aceitável que um Prefeito Municipal venha a nomear a própria esposa no cargo público de provimento em comissão de Procuradora Geral do Município, sob o argumento de que se trataria de uma agente política e a mesma possuiria Pós-Doutorado em Direito, além de mais de 30 (trinta) anos de experiência advocatícia.

Ainda assim, na hipótese deveria incidir a Súmula Vinculante nº 13, pois o acesso de tal profissional ao serviço público se diria por uma decisão pessoal do próprio esposo (Prefeito Municipal). Diante de milhares de brasileiros que também possuem larga experiência profissional e titulações acadêmicas, estes não foram sequer cogitados pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, que preferiu a sua esposa, o que não demonstra qualquer comportamento alinhado à moralidade e à impessoalidade administrativa.

De outro lado, a título de mera argumentação, se a redação atual da Súmula Vinculante nº 13 não abarcasse expressamente os agentes políticos, o STF deveria promover uma revisão de respectivo texto sumular para estender essa vedação e não para excecioná-la numa espécie de institucionalização do nepotismo.

O exemplo de moralidade administrativa e impessoalidade deveria partir justamente destas autoridades públicas que ocupam o *status* de agentes políticos, pois se estes são os primeiros a ingressar no serviço público mediante vínculos de parentesco, como serão um espelho de conduta para os demais servidores públicos e a sociedade em geral?

É dizer em palavras simples: o exemplo deveria vir da cúpula.

Portanto, é necessária uma urgente revisitação deste tema pela atual composição do Supremo, a fim de que o combate ao nepotismo no serviço público

não seja, ainda, blindado de controle pelo Poder Judiciário no que concerne aos agentes políticos.

A reprovação das condutas dos agentes políticos nomeante e nomeado como exceção e não como vedação absoluta, acaba por manter nefastas práticas centenárias da vida pública e política brasileira, as quais a maioria da população tem repulsa. Inexiste, pois, uma justificativa jurídica e social para se permitir a perpetuação de agente políticos ingressando no serviço público como se estivessem acima da própria Constituição Federal.

NOTAS:

[1] CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Concursos públicos no direito brasileiro. Teoria Geral, Fundamentos, Princípios, Requisitos, Procedimentos, Controle.** Curitiba: Juruá, 2015, p. 405.

STEALTHING DEVE SER CONSIDERADO COMO CRIME

JAQUELINA LEITE DA SILVA MITRE:

Graduada em Direito e em Economia
- Especialista em Direito Tributário.
Curso de extensão em Direito Público
e Privado –FESUDEPERJ

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar que, com a evolução e aumento de movimentos sociais, houve nas últimas décadas conquistas diretas à liberdade sexual. As relações sexuais passaram a ser realizadas como uma forma de prazer humano e não mais com o objetivo de reprodução. De certo, estas relações passam por diversas fases de consentimento, dentre elas, como forma de proteção, o consentimento para o uso de preservativos com a finalidade de que seja evitada a transmissão de doenças infecto contagiantes sexualmente transmissíveis, ou até mesmo uma gravidez indesejada. No entanto, essa evolução trouxe contendas, antes não observadas, como o chamado stealthing, prática sexual realizada quando um dos parceiros retira o preservativo no momento da relação sexual sem que haja o conhecimento da parceira ou parceiro, de forma que esta ou este tome conhecimento apenas após o fim do coito. O stealthing é visto por especialistas como uma forma de violação sexual.

Palavras-chave: preservativo, stealthing, permissão, aborto, HIV

ABSTRACT: This article aims to demonstrate that, with the evolution and increase of social movements, there have been direct conquests to sexual freedom in the last decades. Sexual relations started to be performed as a form of human pleasure and no longer with the objective of reproduction. Certainly, these relationships go through several stages of consent, among them, as a form of protection, consent to the use of condoms in order to prevent the transmission of sexually transmitted infectious diseases, or even an unwanted pregnancy. However, this evolution brought strife, previously not observed, as the so-called stealthing, sexual practice performed when one of the partners withdraws the condom at the moment of sexual intercourse without the knowledge of the partner, so that this or this partner take knowledge only after coitus ends. Stealthing is seen by expert as a kind of sexual violation.

SUMÁRIO: Introdução - 2. Formas de Stealthing - 3. Quais violações estão presentes no stealthing - 4. Stealthing e suas consequências – 4.1. Dos danos causados à vítima – 4.1.1. Danos materiais – 4.1.2. Danos emocionais – 4.1.3. Danos físicos – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Stealthing vem da língua inglesa e seu significado no Brasil é furtivo. Trata-se de uma conduta que consiste na retirada do preservativo, durante o ato sexual, sem a autorização da parceira ou parceiro, dando prosseguimento ao ato, independentemente de concordância do outro.

Na falta de tipificação própria, deve-se utilizar a analogia do art. 215 do Código Penal, tipificando como violação sexual mediante fraude. No caso do stealthing, o autor do crime conduz a vítima a acreditar que está praticando um ato sexual seguro, mas de uma forma camuflada, retira o preservativo e passa a praticar o ato em dissonância da vontade da vítima e dificultando a manifestação de vontade desta, fazendo com que a capacidade de consentimento da mulher seja diminuída.¹ O delito de violação sexual mediante fraude também é conhecido pela doutrina como estelionato sexual.

Nesse sentido o art. 215 do Código Penal, Decreto Lei nº 2.848/40, dispõe:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).²

É importante ressaltar, que, em muitos casos, o agente para conseguir seu intento utiliza de violência, dando prosseguimento ao ato. Ainda que a relação sexual seja consentida, a partir do momento em que existe a falta de consentimento no ato da retirada do preservativo, a conduta passa a ser idêntica ao crime de estupro. Na falta de tipificação própria, deve ser utilizada a inteligência do artigo 213 do Código

1 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Stealthing. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/stealthing>> Acesso em: 18 dez. 2020.

2BRASIL. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> acesso em: 19 dez. 2020.

Penal que tipifica como estupro o ato sexual sem consentimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça.

Nesse sentido, o art. 213 do Código Penal, Decreto Lei nº 2.848/40, dispõe:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.³

2. Formas de Stealthing

Nota-se, que, nas duas formas de stealthing, o ato sexual é permitido, entretanto, com a retirada do preservativo em meio ao ato sexual, sem a ciência do parceiro, estará presente o vício de consentimento, visto que, se a vítima tivesse conhecimento do ato, não teria consentido a prática sexual. Portanto, quando uma dessas partes quebra o acordo previamente estabelecido, caracteriza-se o delito de conjunção carnal mediante fraude⁴

Nesse sentido, segundo Sanches.⁵

“entre os estudiosos o fato pode ser etiquetado como estupro, havendo uma condenação nesse sentido na Suíça. O fundamento para essa decisão foi a condicionalidade do consentimento, ou seja, a vítima que estava praticando a relação sexual só havia consentido com a condição de que o preservativo fosse usado. A retirada do preservativo durante o ato sexual sem que a outra pessoa percebesse caracterizou um vício de consentimento que tornou criminoso um ato sexual até então diferente em termos criminais.”

3. Quais as violações estão presentes do stealthing

A violação mais comum é a quebra de confiança, confiança esta que foi depositada no parceiro sexual, agente do delito;

³ Ibid.

⁴ MUNIZ, Lamanda Marques. Stealthing e a Adequação ao Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/stealthing-e-a-adequacao-ao-direito-penal-brasileiro/>> Acesso em: 17 dez. 2020.

⁵ SANCHES, Rogerio Disponível em : < <https://es-la.facebook.com/RogérioSanchesC/posts/1323003941111103>> acesso em 19. Dez de 2020.

Violação ao corpo, à intimidade da vítima;

Violação ao consentimento

Violação ao gênero, tendo em vista que a maioria dos casos ocorre com as mulheres.

4. Stealthing e suas consequências

São inúmeras as consequências da prática do stealthing e danos à pessoa que foi vítima do ato.

As vítimas da conduta ilegítima de seu parceiro podem se expor a vários riscos, como, por exemplo, adquirir uma doença venérea (DST). Neste caso, o dano pode ser ainda maior do que os demais, tendo em vista que algumas DSTs levam à infertilidade da mulher, e outras até a morte, como acontece com a transmissão do vírus HIV. Desta forma, para o agente do dano o crime deverá ser tipificado como crime hediondo. Aquele que, sendo possuidor do conhecimento de que é portador da doença e ainda assim pratica o stealthing, age com dolo.

É importante ressaltar, que, se a retirada do preservativo tiver sido realizada com a intenção de transmissão de Infecções Sexualmente Transmissíveis, deverá ser afastada a tipificação do delito de violação sexual mediante fraude e restará demonstrado o delito de perigo de contágio venéreo, ainda que a vítima tenha conhecimento da Infecção do parceiro, em nome do princípio da especialidade.

Mediante isso, é de bom tom lembrar ainda que, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, não poderá se caracterizar o delito caso a transmissão tenha sido do Vírus da Imunodeficiência Humana – HIV, visto que, neste caso, deverá ser caracterizado o então delito de lesão corporal grave.⁶

Ademais, no âmbito do Direito Civil, o STJ, no Informativo 647 de 2019, entendeu o ato como ensejador de responsabilidade civil do companheiro, que, com seu comportamento, assume o risco de transmissão do vírus HIV.

Nessa esteira, aduz o informativo:

Informativo 647 de 2019

DIREITO CIVIL

⁶ Ibid, nota 4.

RESPONSABILIDADE CIVIL

O companheiro que, com seu comportamento, assume o risco de transmissão do vírus HIV à parceira, deve pagar indenização pelos danos morais e materiais a ela causados.⁷

Além do HIV, são inúmeras DSTs que podem incorrer a vítima em infortúnio, desconforto, despesas com medicamentos, médicos e hospitais.

Há de se esclarecer que se trata de um problema de saúde pública provocado por um agente com conduta reprovável pela sociedade.

Outro exemplo para apresentar é a gravidez indesejada, ensejando em despesas jurídicas, médicas, hospitalares e inúmeras consequências psicológicas para a mulher vítima do stealthing.

Para tanto, há necessidade de tipificação penal de forma clara quanto à prática do stealthing, como forma de resguardar as pessoas violadas e punir o agente.

4.1 Dos Danos causados à vítima

Os danos podem ser classificados como danos materiais, danos emocionais, danos físicos e estéticos. Há de se demonstrar, na determinada tipificação do delito, meios de compensação, e principalmente oportunizar a vítima a ser ouvida com respeito.

4.1.1 Danos materiais

Imagina-se a situação de que o agente, sem autorização da vítima, pratique o stealthing durante o ato sexual, dando prosseguimento ao coito, e esta, do sexo feminino, venha a engravidar em consequência do ato do agente.

A mulher terá que arcar, no mínimo, com despesas jurídicas para autorização do abortamento, com argumento e comprovação, informando que o objeto da lide é a não autorização de retirada de preservativo durante o ato sexual. Cabe ressaltar que a situação em si é, no mínimo, constrangedora, violando a intimidade da mulher.

⁷ BRASIL. Dizer o Direito. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/informativo-comentado-647-stj.html>> Acesso em 18 Dez. 2020.

Pode-se falar também em despesas médicas e hospitalares para realização do abortamento.

Em caso de não permissão para o abortamento, a mulher terá que arcar pelo resto da vida da criança, até se tornar adulta, com despesas como alimentação, educação, vestimenta e tudo que envolve uma criação digna de uma pessoa. Além disso, arcará também com os danos indiretos, como perda de oportunidades de emprego, restrição à vida social por ter que cumprir os deveres de mãe, restrição a relacionamentos amorosos, dentre inúmeros danos causados pela responsabilidade adquirida sem vontade própria.

Cabe ressaltar que, nos ditames da lei brasileira, o aborto é crime, concluindo-se, então, que a mulher só poderia praticar tal ato, sem incorrer em crime, com a comprovação de que a gravidez decorreu de um ato de *stealthing* e mediante sentença transitada em julgado, sendo considerado como aborto necessário, de acordo com o art. 127 do CP, para que o profissional de saúde, médico, fique resguardado e não incorra em crime.

Fica demonstrada a dificuldade de tal comprovação, colocando a mulher em situação de vulnerabilidade, inferiorizando-a mais uma vez diante de uma sociedade machista e misógina.

Recentemente, o TJ-DFT proferiu uma sentença autorizando uma mulher, vítima de *stealthing*, a praticar o abortamento.

Nesse sentido:

“A 7ª Turma Cível do tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios, por unanimidade, manteve decisão proferida na 1ª instância e julgou procedente o pedido para determinar que o DF submeta a autora ao procedimento de aborto seguro, em razão de gravidez resultante de abuso sexual.

A autora conta que em razão de ter engravidado, após ter sido vítima de estupro, requereu ao DF a realização de procedimento de aborto. Narrou que a relação sexual foi iniciada com uso de preservativo, porém durante o ato, o parceiro retirou o preservativo sem o seu consentimento (prática conhecida como “*stealthing*”), obrigando-a a dar continuidade ao ato sexual. Todavia, o DF negou seu pedido...

Em 2ª instância, os desembargadores esclareceram que é dever do Estado prestar assistência integral à mulher em situação de gravidez decorrente de relação sexual involuntária, seja por violência sexual ou coerção nas relações sexuais. Explicaram que o aborto decorrente de crime é um exercício de direito, que independe da condenação do criminoso, basta que a vítima apresente o registro policial ao médico.”⁸

4.1.2 Danos emocionais

Não é difícil constatar um dano emocional depois de se sofrer tal violência, o medo das diversas consequências, dentre elas a de adquirir uma doença sexualmente transmissível ou uma gravidez indesejada, já é o bastante para abalar o emocional de qualquer pessoa. A depressão e a síndrome do pânico podem certamente ser desenvolvidas diante do enfrentamento de tal situação, sem falar em apontamentos da sociedade e julgamentos maldosos e a vulnerabilidade da pessoa no enfrentamento da questão referida.

4.1.3 Danos físicos

Em caso de a vítima do stealthing adquirir uma DST, não é difícil de imaginar os danos físicos causados. A DST mais temida é o HIV - Vírus da Imunodeficiência Humana, que assombra a população sexualmente ativa e sem parceiro definido.

É sabido que tal doença ainda não tem cura e que as consequências são gravíssimas, podendo levar à morte.

5. CONCLUSÃO

O stealthing é uma prática repugnante, o ato traz consigo a nítida vulnerabilidade feminina, ou do sujeito passivo que está na relação, vítima do ato.

Faz-se necessário o conhecimento dos operadores do direito no que tange ao problema em pauta, para que seja dada a devida importância às violações causadas pelo stealthing, e conseqüentemente buscar as punições mais adequadas.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/dezembro/tjdft-confirma-que-df-proceda-aborto-seguro-em-vitima-de-violencia-sexual-201cstealthing201d>> Acesso em 19 Dez. 2020

Fica demonstrado que o stealthing é um problema sócio-comportamental e deve ser restringido com maior rigidez.

Cabe ressaltar que muito se tem a discutir sobre o assunto, para que se conduza esta contenda a uma direção resolutiva e eficaz, sem que seja necessário utilizar de analogia de determinados artigos do diploma penal, como fora citado no início deste trabalho.

Sendo assim, é de nítida importância trazer a discussão do tema em questão, para que se oportunize aos legisladores a inserção de uma nova tipificação penal, uma solução adequada à necessidade social.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Stealthing. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/stealthing>> Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > acesso em: 19 dez. 2020.

MUNIZ, Lamanda Marques. Stealthing e a Adequação ao Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/stealthing-e-a-adequacao-ao-direito-penal-brasileiro/>> Acesso em: 17 dez. 2020.

SANCHES, Rogério Disponível em: < <https://es-la.facebook.com/RogérioSanchesC/posts/1323003941111103>> acesso em 19. Dez de 2020.

BRASIL. Dizer o Direito. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/informativo-comentado-647-stj.html>> Acesso em 18 Dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/dezembro/tjdft-confirma-que-df-proceda-aborto-seguro-em-vitima-de-violencia-sexual-201cstealthing201d>> Acesso em 19 Dez. 2020

LEI Nº 9.099/95 E AS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: APLICABILIDADE E INOVAÇÕES APRESENTADAS PELO MICROSSISTEMA PROCEDIMENTAL PERANTE A JURISDIÇÃO ESTATAL BRASILEIRA

ALEXIA AQUENI BERNARDES DE OLIVEIRA, graduanda no sétimo período do curso de Direito pela instituição CESA (Centro de Estudos Superiores Aprendiz Apaixonada pelo estudo/pesquisa das relações sociais adstritas ao ordenamento jurídico, com aprovações em processos seletivos promovidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Defensoria Pública de Minas Gerais (DPMG) e Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG).

RESUMO: A presente pesquisa expõe fatos sociais, técnicos e jurídicos no que tange ao tema dos Juizados Especiais Criminais, tais como aspectos inovadores englobados pela lei nº 9.099/95 que apresentavam um avanço para com o sistema judiciário, todavia tornaram-se foco de questionamentos doutrinários e sociais, principalmente os referentes a demora na aplicabilidade efetiva destes novos órgãos da jurisdição estatal, estes os quais embora sejam corriqueiros no cotidiano são pouco comentados pelos juristas atualmente, apresentando uma aparente anuência com tais atrocidades jurídico-sociais. Ademais, adjacente a estes assuntos o artigo apresenta os principais pontos da legislação com posicionamentos doutrinários e menção aos artigos de maior relevância.

Palavras-chave: JECrim. Medidas despenalizadoras e descarcerizadoras. Aplicabilidade. Prática. Sóciojurídico.

ABSTRACT: This research exposes social, technical and legal facts regarding the theme of Special Criminal Courts, such as innovative aspects encompassed by law no. 9,099/95 that presented an advance towards the judicial system, however they became the focus of doctrinal and social questions, especially those referring to the delay in the effective applicability of these new organs of the state jurisdiction, which although they are commonplace in everyday life are little commented by jurists today, presenting an apparent admean with such legal and social atrocities. Moreover, adjacent to these issues, the article presents the main points of the legislation with doctrinal positions and mention of the articles of greater relevance.

Keywords: JECrim. Decriminalizing and decarcerator measures. Applicability. Practice. Legal partner.

1.0. INTRODUÇÃO

O *ius puniendi* estatal exercido por meio da jurisdição através do poder judiciário vem sendo desde os primórdios do direito moderno alvo de inúmeras críticas sociais e jurídicas com o decorrer dos anos, visto isto, o próprio aparato estatal visa sempre buscar novas formas de “descongestionamento” de processos presentes nos órgãos do judiciário brasileiro, e, de igual forma, a promoção de celeridade destes.

A Constituição Federal em seu artigo 98, inciso I9, constitucionalizou, um até então novo, microsistema procedimental de prestação jurisdicional para com a sociedade, ao qual na época foi considerado um grande avanço para o direito penal e processual penal, alvo de elogios provenientes de vários doutrinadores especializados na área.

O supracitado artigo foi o responsável pela criação dos Juizados Especiais Criminais e, de mesmo modo, das infrações de menor potencial ofensivo, tema do presente estudo. A instituição deste juizado em comento representou um novo instrumento precursor de garantias, que visava uma prometida ordem justa, como defensor do ofendido, e, equitativamente um grande benefício a quem por este seria julgado, apresentando como princípio primordial a busca por conciliação, num primeiro momento, entre ofendido e ofensor, e, se houvesse posteriormente, um consensual acordo entre ofendido e o titular da ação penal, representado em regra, por um membro do Ministério Público.

2.0. DE “PEQUENAS CAUSAS” À CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – A EVOLUÇÃO CONCEITUAL

A Lei nº 9.099 de 1995 foi a responsável pela regulamentação/qualificação dos mencionados delitos a serem ajustados no antigo conceito de “pequenas causas”. Seu artigo 61 inicialmente qualificou tais crimes da seguinte forma:

9 “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão [...] juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (Artigo 98, inciso I da CFRB/88)

“Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Tal individualização vigeu até a publicação da lei 10.259 de 2001, lei dos Juizados Especiais Federais, que em sua redação categorizou tais crimes de menor potencial ofensivo de forma diversificada, fomentando posicionamentos doutrinários, representados por, uma corrente teórica monista/ unitária que resguardava uma possível revogação tácita provocada pela nova legislação em decorrência de sua maior contemporaneidade e uma interpretação voltada ao *in dubio pro réu*, e, em contraposição, outra corrente defendia o sistema bipartido/dualista que salvaguardava uma dupla conceitualidade aos crimes de menor potencial ofensivo, sendo um abrangido no bojo da Lei nº 9.099/95 e o outro na Lei nº 10.259/2001.

Em consonância com a divergência expressa em ambas as legislações foi dada uma nova redação aos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95, e ao artigo 2º da Lei nº 10.259/2001, pela lei nº 11.313 de 2006, que estagnou o seguinte conceito, adotando definitivamente o sistema monista de conceituação de tais infrações:

“ Art.61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”

Isto posto, é ponderado afirmar que as infrações de menor lesividade social são todas as contravenções penais, crimes com penas de reclusão ou detenção não superior a dois anos e crimes com pena exclusiva de multa, ressaltando ainda que independem de análise das infrações pertencerem ao procedimento comum ou especial, de instrução processual, salvo exceções adiante explicitadas.

A Constituição ao promover a divisão categórica entre crimes de menor, médio e alto potencial ofensivo implantou também a cisão dos procedimentos frente ao poder jurisdicional. Vários princípios basilares dos órgãos essenciais ao funcionamento do mecanismo procedimental foram substituídos por novos dogmas “inquestionáveis” voltados principalmente a medidas de política criminal.

3.0. CRIMES DE MENOR, MÉDIO, ÍNFIMO E MÁXIMO POTENCIAL OFENSIVO, SIMILARES, MAS NÃO SINÔNIMOS TÉCNICOS

Antes de comentar acerca dos princípios é importante saber diferenciar as infrações de menor, médio, ínfimo e máximo potencial ofensivo, além das infrações de ofensividade insignificante.

As aludidas infrações possuem semanticamente grande paridade em suas nomenclaturas, todavia é inerente as discrepâncias conceituais a que se referem. As infrações de ofensividade insignificante estão intimamente ligadas ao princípio da bagatela/ insignificância presente no direito penal, deste jeito a lesão ao bem jurídico tutelado é inexpressiva, a periculosidade é escassa e a reprovabilidade e ofensividade é mínima, de certo modo que, as levam à atipicidade de seus fatos delitivos.

As infrações de ínfimo potencial ofensivo não possuem penas privativas de liberdade, e, em decorrência disso muitas vezes são nominadas como infrações *sui generis*, como por exemplo, o crime de porte de drogas situado no artigo 2810 da Lei nº 11.343 de 2006 (Lei de Drogas).

No que se refere as infrações de médio potencial ofensivo estas são as que se enquadram no artigo 8911, admitindo o *sursis*, ou seja, a suspensão condicional do processo. A pena mínima cominada é igual ou inferior a um ano, mas suas penas máximas ultrapassam os dois anos, por essa razão não são julgadas pelos Juizados Especiais Criminais e sim pelos juízos comuns. Já as infrações de maior potencial ofensivo apresentam uma elevada periculosidade, posto que suas penas mínimas são superiores a um ano, e, a elas não se admite a suspensão condicional do processo.

4.0. PRINCÍPIOS INOVADORES IMPLANTADOS FRENTE A “NOVA” JURISDIÇÃO

Voltando as bases principiológicas é importante ressaltar que o princípio da obrigatoriedade de oferecimento da ação penal suplantado sobre o Ministério Público foi substituído por um ato meramente discricionário em seu lugar, onde o respectivo órgão somente oferecerá a denúncia se julgar pela conveniência e

10 “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido as seguintes penas: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (Artigo 28, incisos I, II e III da Lei 11.343/2006)

11 “ Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)” (Artigo 89 da Lei 9099/95)

oportunidade, que será ainda precedida de medidas descarcerizadoras e despenalizantes próprias dos Juizados Especiais Criminais, outrossim esta discricionariedade se dará somente se preenchido os requisitos para o não oferecimento daquela ao poder jurisdicional, desta forma, a discricionariedade mesmo que suplante uma exceção na legislação ainda será regrada ou mitigada conforme a doutrina.

A nova justiça restaurativa deu lugar a um espaço consensual ao invés do típico espaço de conflito do sistema acusatório convencional. Houve a implementação do procedimento sumaríssimo, em decorrência da cisão supramencionada, e uma maior informalidade dos atos, que serão declarados nulos, se somente se, não alcançarem sua finalidade ou acarretarem prejuízo as partes, peculiaridade inclusive provinda do princípio processual civil de instrumentalidade das formas.

Corolário à informalidade, também é imposta a oralidade na prática dos atos visando uma maior celeridade e economia processual que, em tese, provocaria uma desburocratização do sistema judiciário, almejando similarmente a disponibilidade e oportunidade.

Na mesma linha de pensamento não foram somente essas inovações trazidas ao ordenamento jurídico pátrio, pois o principal desígnio com a qualificação dos supracitados delitos para sujeitarem-se ao mencionado procedimento foi/é a figura da vítima, lhe proporcionando um maior enfoque a sua subjetividade e ao seu direito à justiça, assegurado pela Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXIV.12

Pela perspectiva social e funcional da aplicação prática da legislação, antes da vigência da Lei nº 9.099/95, o judiciário era detentor de grande morosidade na tramitação de seus processos, e, em decorrência disso, vários agentes tinham seus delitos prescritos por responsabilidade própria do judiciário, com sua extensa gama de processos e pouca capacidade para resolução de conflitos.

Com a intervenção da nova justiça elitista, hermética e técnica, o sujeito ativo dos delitos teria sua reprovação imediata, proporcionando desta forma a concretização da função social dos Juizados Especiais Criminais para efetividade da justiça célere para com os sujeitos passivos das infrações penais praticadas.

12 " O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos" (Artigo 5º, LXXIV da CRFB/88)

De maneira mais explícita reitera-se a explicação de tais preceitos. Vide artigo 2º¹³ da supradescrita lei, o JECrim, Juizado Especial Criminal, possui cinco preceitos fundamentais/ basilares de sua constituição inseridos no presente dispositivo.

O primeiro se refere à oralidade, a qual é de suma importância para o procedimento sumaríssimo, impondo uma primazia de atos orais sobre os escritos, em que estes somente serão produzidos quanto a fatos imprescindíveis para o desenvolvimento processual, exemplo dessa disposição se encontra no artigo 7714, que possibilita a denúncia oral de imediato do Ministério Público ao juiz. O critério em discussão se divide em outros quatro, tais quais são: o princípio da concentração, que visa uma maior aglutinação de atos possíveis em um menor lapso temporal, sendo que, preferencialmente sejam praticados em uma única audiência presencial; o princípio da integridade física do juiz ao qual preza pela individualidade do próprio durante toda persecução instrumental do procedimento; o princípio do imediatismo, sendo este uma imposição de responsabilidade ao juiz, que deve recolher todas as provas mediante audiência de forma imediata; princípio da irrecorribilidade de interlocutórias, ao qual conforme sua titularidade impõe a impossibilidade de recursos sobre decisões interlocutórias, salvo se for alvo de discussões em uma futura apelação.

Os subcritérios/ subprincípios mencionados mesmo que se desdobrem sobre o princípio da oralidade também servem e recaem sobre os demais princípios de igual forma, pois todos se interligam em busca do mesmo objetivo para com o procedimento.

Adiante segue o critério da simplicidade, que especifica que os processos submetidos ao JECrim devem possuir atos somente os quais contribuam efetivamente para o processo, onde se buscará a verdade formal com o mínimo de atos possíveis, retomando a ideia da concentração já mencionada, haja vista o artigo 77, parágrafo primeiro¹⁵, que impõe a possibilidade de oferecimento da denúncia do acusado com um simples termo circunstanciado de ocorrência e não o inquérito policial utilizado no rito comum.

13 " O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre possível, a conciliação ou a transação" (Artigo 2º da Lei 9099/95)

14 "Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação da pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art.76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis" (Artigo 77, caput da Lei 9099/95)

15 "Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do Inquérito Policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente" (Artigo 77, §1º da Lei 9099/95)

A informalidade exonera o procedimento sumaríssimo do rigoroso formalismo sacramental vigente sobre a jurisdição contenciosa, conforme preceito do artigo 6516, a qual no juizado especial garantirá uma maior desburocratização de atos, que serão válidos enquanto eficazes para com as partes independentemente de formas pré-taxadas por lei.

Ademais presa-se pela economia processual, adotando o procedimento menos oneroso ao Estado e/ou as partes, contribuindo conseqüentemente para celeridade processual e a prevenção de menos ocorrências de prescrições junto as infrações.

5.0. APLICAÇÃO RELATIVA

Serão sujeitos aos Juizados Especiais Criminais todas infrações penais de menor potencial ofensivo como já supramencionado, todavia a competência destes não é considerada absoluta, e sim relativa, pois em certas circunstâncias explícitas na lei será afastada a competência dos juizados especiais criminais, sendo estas três, especificadamente.

Em casos de conexão e continência entre uma infração de menor lesividade e outra que não pertença a essa qualificação será afastada a competência do JECrim e aplicar-se-á o juízo de maior complexidade, idem infere a seguinte situação, João que é um presidiário possui desavenças dentro do recinto, e, em decorrência de tal fato, durante um motim que acontecia no presídio, o próprio aproveitando-se da situação, mata Antônio, outro condenado com quem tinha antagonismo. No caso acima narrado João praticou o crime do Código Penal de motim de presos, artigo 35417, em cúmulo material com homicídio do artigo 12118. A pena do crime do 354 corresponde ao máximo de dois anos, sendo qualificado como uma infração de menor potencial ofensivo sujeito ao JECrim, porém como João também praticou o crime de homicídio também será sujeito ao Tribunal do Júri. Caso João tivesse praticado ambos os crimes de forma desconexa o crime de motim seria julgado no JECrim e o de homicídio no tribunal do Júri, mas ambos os crimes estão conexos um ao outro de tal modo que não poderão correr processos simultâneos e separados

16 "Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art.62 desta Lei. §1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo. §2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação. §3º Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente" (Artigo 65, caput, §1º, §2º e §3º da Lei 9099/95)

17 "Amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou disciplina da prisão: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência" (Artigo 354 do CPB)

18 "Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos" (Artigo 121 do CPB)

em juízos diferentes. Deste modo será aplicado o juízo com maior força atrativa/complexidade, que, na situação fática é o tribunal do júri para ambos os delitos, outrossim como os benefícios do JECrim correspondem a um direito subjetivo de João e/ou qualquer outro que se encontre na sua situação, comunicarão ao crime de menor potencial ofensivo analisado em cúmulo material ao de homicídio, lembrando que só alcançaram aquele e não este.¹⁹

Outra circunstância capaz de afastar tais infrações dos Juizados Especiais Criminais é a impossibilidade de citação pessoal do acusado, pois caso não seja plausível sua citação a jurisdição não pode estagnar devido a questões fáticas inerentes ao indiciado e que vão de encontro ao seu dogma principal de celeridade na resolução dos conflitos, entretanto mesmo com a citação pessoal sendo regra é possível a citação por precatória e por hora certa conforme o Enunciado 110 do FONAJE²⁰, mas por rogatória e edital não são cabíveis pela incompatibilidade com o rito sumaríssimo. O acusado configurado nesta hipótese terá remetido o seu processo ao juizado comum, mediante ensinamentos do artigo 538 do Código de Processo Penal²¹.

A terceira hipótese se refere as circunstâncias complexas que persaltam o caso e vão de encontro aos critérios dos juizados especiais aqui discutidos. Determinados casos mesmo que contenham uma tipificação que se enquadre como infração de potencial ofensivo diminuído, demandam altas custas, vários atos ou grande período de intervenção jurisdicional não podendo estes terem uma resolução sequente eficaz, como casos que pleiteiem provas periciais, demandem litigância passiva com muitos indiciados e demais casos fáticos. Tal qual atina o artigo 77, parágrafo segundo²² da lei em comento.

Destaca-se além disso que a pena considerada ao auferir a alcunha de infração de menor potencial ofensivo não é considerada abstratamente, mas sim junto a suas majorantes e/ou minorantes aplicadas sobre cada transgressor, consagrando destarte a teoria da pior das hipóteses. Já as agravantes e atenuantes não serão

19 " Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis" (Artigo 60, parágrafo único da Lei 9099/95)

20 "No Juizado Especial Criminal é cabível a citação por hora certa" (Enunciado 110 do FONAJE no XXV Encontro – São Luís/MA)

21 " Nas infrações de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo" (Artigo 538 do CPP)

22 "Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei" (Artigo 77, §2 da Lei 9099/95)

aferidas na definição da qualificação, pois dependem de grande subjetividade inerente ao juiz e não podem exceder o limite máximo imposto pela legislação.

Esse cálculo se arrola ainda a circunstância da ocorrência do concurso de delitos, ao qual influencia muito sobre a incidência do JECrim, visto que as penas não serão computadas isoladamente, e sim, em conjunto com todos os tipos penais presentes no concurso. As súmulas 72323 do STF e 24324 do STJ comina tais preceitos, que, embora sejam referentes ao *sursis* se estendem ao entendimento geral da aplicação desta legislação, incluindo a situação aqui explicitada.

6.0. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO, EM TESE!

Sabe-se que o agente deflagrado com a incidência dessas infrações de menor lesividade terá seu termo circunstanciado lavrado por qualquer policial e não necessariamente o delegado de polícia como ocorre nas demais infrações²⁵, estas que são “abertas” com a persecução processual por meio do inquérito promovido por este. O mencionado termo será uma peça informativa direcionada aos juizados especiais contendo o relatório do caso imputado ao acusado pela autoridade policial, vide caput do artigo 6926.

As infrações de menor potencial ofensivo trouxeram consigo também alterações frente a jurisdição e sua aplicação. As medidas despenalizadoras e descarcerizadoras foram as responsáveis pela tal evidência para com os juristas e a *juris dictio*.

A medida que busca diminuir a carcerização encontra-se no parágrafo único do artigo 6927 das disposições aqui tratadas. Com o termo circunstanciado o autor do delito não pode ser preso em flagrante e nem lhe ser exigida fiança para sua liberdade, pois ao ser lavrado tal relatório o mencionado agente assume a

23 “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano” (Súmula 723 do STF)

24 “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação as infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano” (Súmula 243 do STJ)

25 “Atendidas as peculiaridades locais, o termo circunstanciado poderá ser lavrado pela Polícia Civil ou Militar” (Enunciado 34 do FONAJE)

26 “ A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários” (Artigo 69, caput da Lei 9099/95)

27 “ Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima” (Artigo 69, parágrafo único da Lei 9099/95)

responsabilidade de comparecer ao juizado especial para ter seu devido processo legal julgado perante a jurisdição restaurativa.

No que se refere as medidas despenalizadoras estas são quatro: a transação penal; suspensão condicional do processo, conhecida como *sursis*; a exigência de representação para denúncia nos crimes de lesão corporal culposa ou leve; e, a composição civil dos danos.

Primordialmente é de suma importância ressaltar que tais infrações de menor potencial ofensivo têm como base a resolução de conflitos, e, seu fundamento norte: a conciliação, que é gênero a qual comporta a composição civil dos danos e a transação penal como espécies desta.

A composição civil dos danos está no artigo 7428, e toma como pressuposto de que, se acusado e acusador, ou seja, a vítima e o agressor do bem entrarem em um consenso será extinta a punibilidade do delito e a vítima conseqüentemente irá renunciar seu direito de queixa ou representação em detrimento do acordo feito entre as partes. Esse fundamento tem como origem a concepção de que o poder estatal passa seu poder de *ius puniendi* a vítima para que esta participe do procedimento punitivo do acusado, entretanto com limites. O acusador só poderá fazer acordo conforme os ditames legais, e este se consentido por ambas as partes será reduzido a termo e apresentado ao juiz que irá homologa-lo se cumprir a legalidade e não apresentar cláusulas abusivas sobre o acusado.

Não executado o instituto da composição é dada a oportunidade a vítima para que esta preste queixa ou represente junto ao Ministério Público contra o ofendido. O artigo 7529 confere o supracitado direito para que seja manifestado na própria audiência que não homologou a composição civil dos danos, ou, caso tal ato não seja feito dar-se-à um prazo decadencial de seis meses tanto para o direito de queixa como o de representação. O direito a representação verbal ocorre perante o juiz ou na própria delegacia junto a autoridade policial, uso que se consagrou devido a extrema demora que ainda encontra-se presente na pratica diária, a qual será objeto de comento adiante.

28 " A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. [...] Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação" (Artigo 74, caput e parágrafo único da Lei 9099/95)

29 " Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo" (Artigo 75 da Lei 9099/95)

O Ministério Público após conferir que não há requisitos que possibilitem o arquivamento do caso, presentes nos artigos 395 e 397 do Código de Processo Penal, e constate a materialidade do delito poderá propor um acordo com o agente na presença de seu defensor na própria audiência preliminar.

Citado acordo entre o poder público e o indiciado é chamado de transação penal, todavia, só será concedido se preenchido os encargos cumulativos presentes no artigo 7630. As exigências explicitadas na lei para concessão do benefício se relacionam a subjetividade e antecedentes de cada acusado, aonde inicialmente, proceder-se-à a verificação por meio de três hipóteses, as quais se houver a presença de apenas uma não será possível a concessão daquela.

O agente, que, anteriormente a prática da infração penal já possuísse sentença que o condenasse a pena privativa de liberdade ou já tivesse sido beneficiado nos últimos cinco anos não terá direito ao benefício, e de mesmo modo, os antecedentes, conduta social, personalidade e demais caracteres objetivos e subjetivos influenciarão na análise do juiz para concessão ou não do acordo, obviamente, esta decisão se dará de maneira motivada para que se assegure a imparcialidade deste.

As hipóteses acima elencadas devem ser minuciosamente observadas, visto que, a sentença que impede a concessão da transação penal deverá ser definitiva, e seu objeto de condenação necessariamente será um crime, cuja pena seja privativa de liberdade, posto que, sentença transitada em julgado sobre contravenção ou pena exclusivamente de multa e/ou restritiva de direitos não gera impedimentos sobre a possibilidade de aplicação do instituto. Ademais reiterando tal fato é exigido que em crimes ambientes também ocorra a reparação do dano como requisito específico de tais crimes em espécie.

30 " Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível" (Artigo 76 da Lei 9099/95)

A Súmula 696 do STF³¹ embora trate do *sursis* é estendida a transação penal perpetrando uma grande ressalva, esta que, apresenta o preposto da transação penal não poder ser feita *ex officio* pelo juiz, pois entende-se que a prática desta não é de sua competência, e caso o próprio não concorde com as decisões tomadas pelo Ministério Público por serem implicitamente imotivadas, o que a lei lhe permite agir é, no máximo, comunicar o órgão de instância superior do MP conforme artigo 28 do CPP³².

Concluindo a transação é vinculativo poenae, ou seja, não pode ser efetuada/negociada pelo juiz.

Tal instituto possibilita ao acusado cumprir sua pena de forma imediata sem a demora proporcionada por uma persecução penal, entretanto lhe é garantido certos benefícios para aceitar essa condição, obviamente, incluindo o não oferecimento da denúncia sobre o delito praticado, conforme a discricionariedade regradada já explicitada anteriormente, a não incidência do ato nos antecedentes criminais para de fins de reincidência, a incidência do princípio da inocência, cujo transgressor que aceitar a pena imediata não terá sua culpabilidade reconhecida, além de diversos outros benefícios relacionados ao cumprimento da pena de forma mais benéfica ao indiciado.

A transação penal se cumprida devidamente terá como consequência a decisão sem resolução de mérito dada pelo juiz competente por meio de uma sentença, dando àquela infração geradora da transação o status de coisa julgada material e formal sem reconhecer a culpabilidade do possível infrator.

Além dos institutos já vistos no presente estudo será de igual modo implantado sobre os infratores de crimes de ofensividade diminuída julgados pelo Jecrim, a suspensão condicional do processo, já mencionada anteriormente, sendo esta oferecida após a denúncia ou queixa ser praticada, diferentemente das outras duas

31 " Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal" (Súmula 696 do STF)

32 "Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)" (Artigo 28 do CPP)

medidas despenalizadoras já elencadas. O *sursis* no JECrim representa a finalização das tentativas conciliatórias e abre a fase da persecução penal.

Neste benefício o juiz irá propor um período de “prova” ao acusado, ao qual deverá cumprir imposições restritivas em troca de sua punibilidade extinta, entreposto lembrar que a suspensão só será dada as infrações que corresponderem a uma pena igual ou inferior a um ano e se cumpridos os requisitos do artigo 77 do Código Penal³³, que são: não reincidência em crimes dolosos; impossibilidade de imposição de pena restritiva de direitos, e; incidência de aspectos objetivos e subjetivos, do agente, que colaborem para concessão do instituto.

Se o acusado cumprir o período imposto a ele sem revogação da condição de seu *sursis* será beneficiado pela extinção da punibilidade de sua conduta, conforme artigo 89, parágrafo quinto³⁴. A suspensão condicional do processo será revogada caso o supracitado não cumprir suas imposições injustificadamente, sobrevier condenação sobre outro delito ou ser processado por outra contravenção penal mediante os parágrafos terceiro e quarto do dispositivo³⁵.

A última medida despenalizadora encontra-se presente no artigo 88³⁶, esta corresponde a exigência de representação nos crimes de lesão corporal leve ou culposa, a qual caso não seja feita no prazo decadencial de seis meses será declarada a extinção da punibilidade do agente.

Importante lembrar que essas medidas adotam penas mais brandas ou medidas que, em tese, proporcionem maior efetividade na aplicação destas, mas sem deixar de lado o caráter atípico/ ilícito das infrações cometidas, visto que o JECrim busca a revitalização da vítima acima dos outros fundamentos.

33 “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código” (Artigo 77 do CPB)

34 “Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade” (Artigo 89, §5 da Lei nº 9.099/95)

35 “A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano [...] A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta” (Artigo 89, §§ 3 e 4 da Lei nº 9.099/95)

36 “Além das disposições do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação ação penal relativa aos crimes de lesão corporais leves e lesões culposas” (Artigo 88 da Lei nº 9.099/95)

7.0. SITUAÇÕES PECULIARES À LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

As infrações de menor potencial ofensivo encontram-se por toda legislação extravagante, inclusive aquelas em que não submetem-se ao juizado especial criminal pois possuem um rito mais rigoroso ou são consideradas de maior periculosidade social pela Constituição.

O artigo 94 do Estatuto do Idoso³⁷ impõe que o procedimento sumaríssimo do JECrim alcançará os tipos penais presentes no Estatuto que possuam uma pena igual ou inferior a quatro anos, portanto as infrações com pena máxima igual ou inferior a dois anos serão julgadas pelos juzados especiais, mas as infrações de dois até quatro anos como pena máxima seguirão frente ao juizado comum, estendendo a estas somente o procedimento.

Peculiaridade que se deu em razão da legislação buscar celeridade na proteção dos idosos e não de seus agressores, postulado este que está presente no informativo 556 do STF, pela ADI 3096.

Mesmo que a aplicação ao rito sumário ocorra, não é permitida a extensão das medidas despenalizadoras àquelas infrações que não sejam de menor potencial ofensivo.

Os juzados especiais federais também serão afastados quando o acusado possuir foro privilegiado por prerrogativa de sua função, como por exemplo, um deputado federal que pratique o crime de desacato presente no artigo 331 do Código Penal³⁸. O delito embora seja uma infração de menor potencial ofensivo não será julgado pelo juizado especial, e sim pelo Supremo Tribunal Federal em consequência ao foro do deputado aqui exemplificado. Entretanto as medidas despenalizadoras ainda sim, serão aplicadas pelo STF para com o acusado.

Os crimes eleitorais apresentam outra exceção, pois possuem seu juizado especializado, com a vara da justiça eleitoral de jurisdição própria particularizada para tais delitos. Não será possível de mesmo modo a tramitação dos processos nos juzados especiais, entretanto as medidas despenalizadoras serão transferidas a justiça eleitoral da mesma forma.

³⁷ "Aos crimes previstos nestas Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal" (Artigo 94 da Lei nº 10.741/2013)

³⁸ "Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa" (Artigo 331 do CPB)

Crimes militares a própria legislação regulamentadora dos juizados impede a aplicação desta para com aqueles, vide artigo 90-A39.

Outra exceção de extrema importância se relaciona aos crimes protegidos a luz da particularização proposta pela Lei nº 11.340 de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, a qual o artigo 4140 veda expressamente a aplicação das infrações por ela amparadas à aplicação nos juizados especiais criminais.

A súmula 536 do STJ41 ainda ressalta tal excepcionalidade, pois, de igual modo impõe que não serão estendidas as medidas despenalizadoras, já explanadas no atual estudo aqui retratado, aos transgressores dos direitos das mulheres. Ainda que os juizados estejam previstos constitucionalmente a proteção da mulher, junto ao princípio da igualdade para nos preceitos constitucionais, sobretudo pelo artigo 226, §842. Ademais o princípio da proibição de proteção insuficiente a direitos fundamentais resguarda esse direito das mulheres vitimadas por seus ofensores (as).

Aludida lei trata com grande rigor as infrações praticadas contra o gênero feminino por este ser objeto de vários tratados internacionais que impetram uma punição mais severa a transgressões porque representam violações coligadas aos direitos humanos. Pedro Lenza explana ainda que:

“[...] fatos previstos em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em que se assuma o compromisso de apená-los com maior severidade, como ocorre com os casos relacionados à violência doméstica ou familiar contra a mulher. Nestes, em particular, a causa remota reside na Convenção de Belém (Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher) e a causa próxima, no art. 41 da Lei nº 11.340/2006”

Porém é relevante também destacar os principais delitos que são discutidos pelos juizados especiais criminais pelo território brasileiro, que, de forma genérica

39 “As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar” (Artigo 90-A da Lei nº 9.099/95)

40 “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. (Artigo 41 da Lei nº 11.340 de 2006)

41 “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha” (Súmula 536, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015)

42 “O Estatuto assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência doméstica no âmbito de suas relações” (Artigo 226, §8 da CFRB)

são: Desacato (Art. 331 do CPB)⁴³, desobediência (Art. 330 do CPB)⁴⁴, Dano (Art. 163 do CPB)⁴⁵, Vias de fato (Art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41)⁴⁶, Direção sem habilitação causando perigo de dano (Art. 309 do CTB)⁴⁷, perturbação do trabalho ou sossego alheios (Art. 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41)⁴⁸, perturbação da tranquilidade (Art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41)⁴⁹, lesão corporal leve (Art. 129, *caput* do CPB)⁵⁰, ameaça (Art. 147 do CPB)⁵¹, comunicação falsa de crime ou contravenção (Art. 340 do CPB)⁵², ato obsceno (Art. 233 do CPB)⁵³, posse de drogas para uso pessoal (Art. 28 da Lei nº 11.343/2006)⁵⁴ e demais infrações.

8.0. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as considerações primordiais a respeito das inovações ocasionadas pela Lei nº 9.099/95 é de extrema relevância apontar a realidade fática dos aludidos juizados especiais criminais.

Perante o escopo das inaugurações jurídicas apresentadas pela Lei nº 9.099/95 é plausível afirmar que, atualmente, estas impetram causalidades contrárias a sua

43 "Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa" (Artigo 331 do CPB)

44 "Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa" (Artigo 330 do CPB)

45 "Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa" (Artigo 163 do CPB)

46 "Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime" (Artigo 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41)

47 "Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa" (Artigo 309 da Lei nº 9.503/97)

48 "Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis" (Artigo 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41)

49 "Molestar alguém ou perturba-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis" (Artigo 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41)

50 "Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano" (Artigo 129, *caput* do CPB)

51 "Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto ou grave: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa" (Artigo 147 do CPB)

52 "Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que não se ter verificado: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa" (Artigo 340 do CPB)

53 "Praticar ato obsceno em local público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa" (Artigo 233 do CPB)

54 "Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo próprio, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido as seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo" (Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006)

pretensão ordinária. As inovações que antes eram comemoradas pelos juristas atualmente são questões falhas apontadas pelos próprios.

O que anteriormente buscava a revitalização da vítima se transformou um de seus maiores emblemas, visto que os juizados especiais não contam com equipes psicossociais que possam conduzir audiências com maior efetividade, restando de tal modo a responsabilidade aos próprios juristas, que possuem formação jurídica para resolução de conflitos perante a luz da legislação e não diante da negociação e busca da amenização dos conflitos incentivada pelo próprio órgão.

Ante ao exposto vislumbra-se que os conciliadores que comandam tais audiências não possuem ao menos cursos básicos para enfrentar tais situações com as partes de cada lide que lhes é atribuída.

Uma vez que embora seja tratado como uma função essencial para as decisões criminológicas não possui carreiras próprias no judiciário para tal função com obrigatoriedade, cominando ao JECrim uma mera “adaptação” no seu quadro de funcionalismo jurisdicional, este que muitas vezes é complementado inclusive até por estagiários dos próprios órgãos. Aludindo de tal arte, um maior preconceito sobre a função que deveria ser extremamente importante.

Ademais condutas que estavam para serem descriminalizadas como infrações bagatelares passaram a ser alvo dos juizados especiais criminais, consumindo tempo e amplo número de demandas perante o judiciário, algo que, antes eram assentadas dentro das próprias delegacias.

Exemplo de atração desnecessária para o *ius puniendi* é o crime de perturbação ao trabalho e/ou sossego alheio do artigo 42 do Decreto 3.688/4155, este anteriormente era arquivado nas próprias delegacias servindo como solução uma única e breve advertência ocasionando um “susto” ao acusado para que cessasse sua conduta, todavia passou a ser alvo de um custoso processo, tanto que, na maioria das vezes não é a intenção das próprias vítimas atormentadas pelo agente submetê-lo a tanta burocratização decorrente de sua referida conduta.

A informalidade, que anunciava uma prometida desburocratização, conferiu uma gama de atos praticados que vão de encontro a ampla defesa. Modelo desta

55 “Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis” (Artigo 42 do Decreto nº 3.688/41)

afirmação se encontra na lavratura do termo circunstanciado, o qual o artigo 6956 impõe que a autoridade deve o fazer. Com uma interpretação ampla do dispositivo e o Enunciado 34 do FONAJE já mencionado, infere-se que não apenas o delegado de polícia pode lavrá-lo, mas os próprios agentes policiais também podem o efetuar. Essa interpretação ampliativa confere muitos poderes aos agentes, que por si só podem a qualquer conduta que julgarem delitivas, com um simples relatório adicionarem um novo processo a jurisdição consensual. Aumentando destarte alarmantemente o número de processos, não só frente ao JECrim, mas como já visto, se não encontrado o agente por citação pessoal, este deverá ser direcionado ao juízo comum sem a devida persecução penal extrajudicial, ou seja, sem a investigação criminal devidamente analisada junto a um inquérito policial devidamente composto por provas materializantes do delito acometido ao agente.

Estes processos enchem o judiciário com situações que antes eram resolvidas nas próprias delegacias de forma simples, infrações que eram decididas de forma imediata se tornaram lides extremamente morosas para com o poder jurisdicional.

A não exigibilidade de assessoramento do acusado por defensor ocasiona de mesmo modo uma evasão a seus direitos, visto que muitas vezes, pessoas de menor instrução acabam aceitando acordos que nem precisariam ser efetuados se vistas as circunstâncias fáticas do relatório indiciado ao juizado com certa destreza por profissionais capacitados. O acusado por conseguinte acaba aceitando, assim, um “benefício” que o lesa frente a realidade a que se encontra.

O autor ao ingressar na sala de audiências sem o necessitado assessoramento se sente extremamente intimidado, principalmente pela derradeira velocidade que ocorrem as audiências na prática, sendo finalizadas em cerca de cinco a dez minutos no máximo cada uma delas, proporcionando ao agente leigo certo “desespero” para resolver toda aquela situação, sem se atentar se está sendo punido de forma justa o suficiente, posto que não é orientado habilmente à conciliação.

Outro problema pertinente dentro do tema aqui estudado é a impunidade gerada pela demora do judiciário para análise dos casos, que como já mencionado anteriormente, possuem um prazo decadencial relativamente curto para oferecimento da queixa ou representação junto ao MP, com prazo de seis meses, o que é insuficiente para ponderação do juizado atualmente.

56 “ A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários” (Artigo 69, caput da Lei nº 9.099/95)

Conclui-se que com a alarmante desigualdade social, o aumento da criminalidade e a fragilização das instituições de controle coletivo dos Juizados Especiais, estes encontram-se cada vez mais despreparados e desestruturados para a solução de mencionadas infrações, principalmente pela falta dos supracitados setores técnicos de apoio social e psicológico nas audiências. A prometida quebra dos paradigmas prometido aos cidadãos pela justiça brasileira não foi concretizada de forma como deveria ser feita, de tal modo que, as mesmas discussões criminológicas que influenciaram a criação dos Juizados Especiais Criminais, ainda pairam sobre um dos inúmeros problemas da política criminal na atualidade.**REFERÊNCIAS:**

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Penal - Parte Geral Esquematizado*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada – Volume Único*. 8. Ed. jusPODIVM: 2020.

SITE: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm

SITE: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

SITE: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

SITE: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

SITE: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm

SITE: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

SITE: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

SITE: http://www.planalto.com.br/ccivil_03/leis/l9503.htm

SITE: <http://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciado-fonaje/enunciados-criminais/>

SITE:

<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18604/6/JuizadoEspecialCriminal.pdf>

DIREITO À EDUCAÇÃO BILÍNGUE PARA SURDOS NO BRASIL

THALITA DUARTE DE SOUZA:

Graduada pelo Centro Universitario de Ensino Superior do Amazonas - Ciesa.

MARIA SUELY CRUZ DE ALMEIDA

(orientadora)

RESUMO: De acordo com o ECA, no art. 53, da Lei 8069/90, está citado que toda criança têm direito à educação, então se observa que nela não há restrição as condições físicas ou financeiras, ele cita que todas independente de raça, gênero ou cor. Mas, para que essa lei atenda sua abrangência quanto ao que ela solicita é necessário que a educação passe por atualizações para garantir o diálogo com a realidade, pois nela está incluso o meio social e a realidade do educando que são aspectos determinantes no processo de aprendizagem. Este trabalho tem como objetivo questionar de que forma tem sido vista a educação bilíngue para surdos no Brasil já que a educação de surdos constitui-se como um campo específico do conhecimento, distanciando-se da educação especial. Esta temática justifica-se para o Trabalho de Conclusão de Curso de Organização de Serviços Judiciários pela questão de que a inclusão escolar constar na realidade atual do mundo "globalizado", nos documentos da política educacional e na literatura pedagógica. A partir do levantamento bibliográfico, que contribui para a ponte com a realidade e as necessidades dos PNEE's, surgem questões como: Como está à educação inclusiva bilíngue na Escola Augusto Carneiro? Durante o trabalho procura-se responder esta pergunta, dentre outras.

PALAVRAS-CHAVE: Educação bilíngue para surdos; Inclusão Social; Aprendizagem.

ABSTRACT: According to ECA, in art. 53, of Law 8069/90, it is mentioned that every child has the right to education, so it is observed that there is no restriction on physical or financial conditions, he cites that all regardless of race, gender or color. However, for this law to meet its scope as to what it requests, it is necessary that education undergo updates to ensure dialogue with reality, as it includes the social environment and the reality of the student, which are determining aspects in the learning process. This work aims to question how bilingual education for deaf people has been seen in Brazil since deaf education constitutes a specific field of knowledge, distancing itself from special education. This theme is justified for the Judicial Services

Organization Course Completion Work because of the fact that school inclusion is present in the current reality of the "globalized" world, in educational policy documents and in pedagogical literature. From the bibliographic survey, which contributes to the bridge with the reality and needs of the PNEE's, questions arise such as: How is inclusive bilingual education at School Augusto Carneiro? During the work we try to answer this question, among others.

KEYWORD: Bilingual Education for the deaf; Social inclusion; Learning.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos da caverna a linguagem tem um papel relevante no desenvolvimento cognitivo e intelectual do ser humano. É por meio dessa linguagem que se troca informações, que conforme o desenvolvimento vai acontecendo interação. Atualmente a comunicação não acontece somente na forma oral, ela se diversificou. Por isso, nesse contexto, existe a importância da educação bilíngue, que visa uma educação para a sociedade juntamente valorizando a cultura e a linguagem dos diferentes educandos. É onde se inclui a educação bilíngue aos surdos.

É importante a educação sempre procurar se adaptar a realidade dos alunos, para que se possa atender às necessidades destes. Então nota-se que, a educação bilíngue é de extrema importância para a comunicação entre surdos, ouvintes e o mundo.

Justifica-se a escolha desta temática por ser de conhecimento sobre o quão carente é a área educacional, em especial a que precisa de inclusão, a influência de instituições que é voltada para a educação dos surdos na região em que se vive é responsável não somente por ensinar línguas de sinais, mas também para introduzir o que se é passado nas escolas regulares. A divergência de matérias e forma como cada professor lida com este bilinguismo no dia a dia tentando manusear as duas coisas para que o público alvo desta instituição não saia desprovido de conhecimento e não sofra com a exclusão na área trabalhista e no mundo a fora acaba se tornando um grande desafio.

Estes motivos apresentados aqui refletem a necessidade de revisão das práticas educacionais para a formação bicultural e bilíngue dos surdos que necessitam ser reconhecidas e colocadas em prática nas escolas. A falta de negligência dentro das escolas afeta a aprendizagem e desenvolvimento pleno dos estudantes.

A problemática levantada para realização desta pesquisa é: - Qual a influência das escolas de surdos, como é o caso da Escola Augusto Carneiro na educação bilíngue para surdos?

Pretende-se confirmar a seguinte hipótese: A escola Augusto Carneiro durante todos esses anos em que atuou e continua ativa, mostrou formas de como incluir a língua portuguesa na vida dos surdos, fazendo com que eles, em especial, possam desfrutar desse aprendizado e facilitando a conversação com os ouvintes. Sobre inclusão, é indispensável ressaltar a necessidade de ter um profissional com um vasto conhecimento na questão educacional dos surdos. Destaca-se também sobre como os surdos recebem essa situação, de forma específica eles anseiam por igualdade e por mais opções para aprendizado, o direito de adquirir conhecimento de qualidade. O poder que essa instituição tem sobre a comunidade surda aqui em Manaus é importante não só na formação acadêmica, mas também na construção de valores, elas impõem regras e incentivam os surdos a compreenderem melhor o sistema.

Os objetivos a serem atingidos são: Objetivo Geral - Refletir sobre a educação bilíngue para surdos, através da escola Augusto Carneiro em Manaus. E os Objetivos específicos: Discutir a influência da escola Augusto Carneiro na educação bilíngue para surdos; Questionar de que forma tem sido vista a educação bilíngue para surdos no Brasil.

A metodologia terá seu caminho através dos Métodos de abordagem dedutivo, onde se parte da premissa geral para particular de onde se retira uma conclusão puramente lógica; o Procedimento monográfico com coleta de dados; Técnicas de Pesquisa será feito mediante livros, artigos científicos.

1 A HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO REGULAR DOS SURDOS NO BRASIL

O tema proposto no presente artigo tem como foco mostrar os desafios educacionais que são enfrentados pela comunidade surda no Brasil, é de suma importância esclarecer que para que essa comunidade tenha uma formação educacional bem sucedida não depende somente do reconhecimento das LIBRAS como sua língua oficial. Por esse motivo está sendo apresentado a importância do Bilinguismo; que seria o uso das duas línguas sendo unidas. Vale ressaltar que o surdo pode sim aprender a nossa língua que no caso do Brasil é o português, mas é de necessidade deles aprender a sua língua materna. No caso do bilinguismo, a princípio o surdo aprende a língua de sinais e em seguida aprendem a língua portuguesa por escrito.

Para (FERNANDES, 2003, p. 55) citado no livro Educação dos surdos, formação estratégica e prática docente – Wolney Gomes Almeida (org.) deixa claro que: “O bilinguismo é mais do que um domínio puro e simples de uma, ou outra língua como mero instrumento de comunicação”. O uso dessa filosofia que é o bilinguismo veio para dar uma qualificação apropriada para tal educação; porém Quadros (1997) relata que não é suficiente que a escola seja apenas bilíngue, ela precisa ser bicultural para que os surdos também tenham acesso à comunidade ouvinte, mesmo pertencendo à comunidade surda.

Ao escolher oferecer a educação bilíngue, as escolas estão absorvendo a política linguística de que duas línguas passarão a serem presentes no ambiente escolar, também é uma responsabilidade da escola escolher qual língua será a primeira e qual será a segunda. A escola de forma pedagógica precisa pensar em como os alunos poderão ter acesso a essas línguas, além de também desenvolver outras atividades escolares.

Essas línguas podem sempre estarem sendo intercaladas com essas atividades escolares ou até sendo foco principal de estudos certos horários, dependendo muito de como é o funcionamento da escola.

Assim sendo a Educação Bilíngue de surdos envolve a criação de ambientes linguísticos para a aquisição das Libras como primeira língua (L1) por crianças surdas, no tempo de desenvolvimento linguístico esperado e similar ao das crianças ouvintes, e a aquisição do português como segunda língua (L2). [...] O objetivo é garantir a aquisição e a aprendizagem das línguas envolvidas como condição necessária à educação do surdo, construindo sua identidade linguística e cultural em Libras e concluir a educação básica em situação de igualdade com as crianças ouvintes e falantes do português (BRASIL, 2014, p. 6).

Segundo LABORITT (1994, p. 59) os adultos ouvintes que privam seus filhos da língua de sinais nunca compreenderão o que se passa na cabeça de uma criança surda. Há a solidão, e a resistência, a sede de se comunicar e algumas vezes, o ódio. A exclusão da família, da casa onde todos falam sem se preocupar com você. Porque é preciso sempre pedir, puxar alguém pela manga ou pelo vestido para saber, um pouco, um pouquinho, daquilo que se passa em sua volta. Caso contrário, a vida é um filme mudo, sem legendas.

Segundo SAWAIA (2011, p. 122) que o clamor pela identidade quer para negá-la, reforçá-la ou construí-la, é parte do confronto de poder na dialética da inclusão/exclusão e sua construção ocorre pela negação dos direitos e pela afirmação

de privilégios. Ela exclui e inclui parcelas da população dos direitos de cidadania, sem prejuízo à ordem e harmonia social.

A língua de sinais opera como um fator de INCLUSÃO e EXCLUSÃO na vida dos surdos, isso ocorre geralmente pela ausência de comunicação por uma língua comum compartilhada por pais e filhos e se desenvolve muito mais quando inicia o período de escolarização formal.

2 O DIREITO AO ACESSO E À PERMANÊNCIA DO SURDO NO ENSINO REGULAR A LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Lei 10.436 cita à ideia de que o surdo precisa ser incluído na educação. Ela reconhece a Libras como meio oficial de comunicação em seu artigo 1º:

Art. 1º. É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

parágrafo único: Entende-se como Língua Brasileira de Sinais - Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil (BRASIL, 2002).

A lei 10.436 reconhece a Língua Brasileira de Sinais - Libras e esse reconhecimento traz consequência positivas para a comunidade surda, que passam a ver seus direitos fundamentos sendo desvelados pela população em geral, principalmente para as vivências em locais públicos. No ano de 2005, em Brasília, no dia 22 de dezembro, foi assinado o Decreto da Lei de Libras n.º 5.626, que regulamenta a Lei n.º 10.436/2002 no que diz respeito à formação de profissionais para atuar na educação de pessoas surdas.

De acordo com o Decreto n.º 5.626, o aluno surdo passa a ter direito a escolas e/ou classes bilíngues em que a Língua de Sinais é utilizada como meio de comunicação, de ensino e de aprendizagem. Assim, a Língua Portuguesa é utilizada como segunda língua, não sendo, portanto, o principal meio de comunicação, ensino e aprendizagem oferecido nesses espaços escolares.

Verifica-se, o artigo 22, em seu § 1º define o que entende por escolas bilíngues: "§1º São denominadas escolas ou classes de educação bilíngues aquelas em que a

Libras e a modalidade escrita da Língua Portuguesa sejam línguas de instrução utilizadas no desenvolvimento de todo o processo educativo" O reconhecimento, pela Lei brasileira nº 10.436/2002, da Libras como Língua oficial, abriu o caminho para uma educação bilíngue para os surdos e a aceitação da existência de uma cultura surda.

[...] uma cultura é um conjunto de comportamentos apreendidos de um grupo de pessoas que possuem sua própria língua, valores, regras de comportamento e tradições; uma comunidade é um sistema social geral, no qual um grupo de pessoas vivem juntas, compartilham metas comuns e partilham certas responsabilidades umas com as outras. (STROBEL, 2008, p. 30-31)

Sendo assim, fica evidente na definição acima que a Língua Portuguesa é considerada língua de instrução apenas na sua modalidade escrita. Porém, é preciso respeitar a estruturação utilizada pela pessoa surda e aos poucos ir oferecendo-lhe condições de aprimorar a sua capacidade de expressão escrita na Língua Portuguesa.

A Lei de Diretrizes e Bases apresenta um capítulo todo destinado a educação especial, trazendo o conceito e tratamento peculiar com o educando, no artigo 58, com a seguinte redação:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial. (BRASIL, 1990)

O surdo como pode inferir, nesse contexto de educação, inclui-se na educação especial. Não há, nem na Constituição, nem na LDB, nenhum apontamento direto acerca do educando surdo, o que leva os sistemas de ensino adotarem os métodos que julgarem necessários e cabíveis baseando-se na modalidade disposta no capítulo V da LDB.

Em 24 de abril de 2002 foi publicada a Lei 10.436 – que reconhece a Libras como meio oficial de comunicação.

Art. 1o É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais - Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constitui um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.

Art. 2o Deve ser garantido, por parte do poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais - Libras como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil.

Art. 3o As instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva, de acordo com as normas legais em vigor.

Art. 4o O sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais - Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais - PCNs, conforme legislação vigente. Parágrafo único. A Língua Brasileira de Sinais - Libras não poderá substituir a modalidade escrita da língua portuguesa. (BRASIL, 2002)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos a partir de 1948 (UNESCO, 2000) passou a ser referência, inclusive, das ações que dizem respeito à educação com N. E. E. Na declaração, em seu Art. 26 fica explícita a garantia de que “[...] toda a pessoa têm direito a educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental.” Assegura assim ao sujeito com, N. E. E, o direito à liberdade, à educação, ao desenvolvimento e, principalmente, a uma vida digna.

Conforme aponta o documento do MEC de 2004, que trata da declaração: O respeito à diversidade, efetivado no respeito às diferenças, impulsiona ações voltadas ao reconhecimento de sujeitos de direitos, simplesmente por serem seres humanos. Suas especificidades não devem ser elemento para a construção de desigualdades, discriminações ou exclusões, mas sim, devem ser norteadoras de políticas afirmativas de respeito à diversidade, voltadas para a construção de contextos sociais inclusivos. (BRASIL, 2004, p.7).

Outro aspecto fundamental que caracteriza a LIBRAS e, conseqüentemente, à cultura surda, para Moura (2000), é o fato de a LIBRAS ser apropriada aos seus usuários, pois por meio dela os surdos podem manifestar suas emoções, seus desejos, suas experiências (entre seus pares), e até mesmo com ouvintes que saibam se comunicar em LIBRAS, além de possibilitar que o surdo tenha sua própria identidade, no caso, a surda. Diante disso as relações interpessoais entre essa comunidade é de fundamental importância pois sua cultura é o jeito de o sujeito surdo entender o mundo dentro da sua concepção, além de modificá-lo ao seu modo a fim de torná-lo acessível e habitável às suas concepções, portanto, o Bilinguismo pressupõe o ensino de duas línguas diferentes dentro das necessidades do indivíduo portador dessa deficiência

A partir da Lei nº 10.436, de 2002, a LIBRAS foi reconhecida como meio legal de comunicação e expressão, mas apenas a partir do Decreto nº 5.626 de 2005, que a lei foi regulamentada. A presente lei tem como principal objetivo o reconhecimento da LIBRAS como forma de garantia do direito à educação aos surdos. Ficando assegurado, a partir da lei, a inclusão da LIBRAS como disciplina curricular obrigatória, fazendo com que haja uma formação especializada de professores e de instrutores de LIBRAS, para que, dessa forma, seja possível haver a difusão da LIBRAS e da Língua Portuguesa, como meio de garantia de acesso dos surdos à educação. Outro fator importante diz respeito à qualificação do intérprete. Para trabalhar com a língua dos sinais, o intérprete – tradutor não pode ser uma pessoa desqualificada; devem ser capacitados, ou seja, ter um conhecimento específico e abrangente, pois o surdo tem condições de elevar seu nível de conhecimento e, por isso, a interpretação tem que ser ao “pé da letra”, considerando que o surdo é uma pessoa “normal”, somente com problemas de comunicação. Os intérpretes devem ser habilitados pela Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos. No capítulo VI, da Lei nº 10.436 de 2002, que trata do direito à educação, à pessoa surda, fica garantido que o ensino seja ministrado em instituições públicas de ensino, com o acompanhamento de um intérprete, em sala de aula, para que o ensino possa ser bilíngue e o surdo ser incluído no ensino regular. A referida lei traz, ainda, o direito à saúde, que deve ser garantido na rede pública de saúde. Direitos esses que fazem

com que a lei de LIBRAS seja, o mais importante direito conquistado durante toda a história dos surdos no Brasil. Uma vez que traz o reconhecimento de uma cultura, de uma identidade, e de uma língua.

Esse reconhecimento da cultura surda foi escrita por muita dificuldade ao decorrer da história principalmente no que se diz a inclusões, sendo assim, segundo Moura (2000), essa história educacional dos surdos foi permeada por muita luta, a educação e inserção social dos surdos constituem um sério problema, e muitos caminhos têm sido seguidos na busca de uma solução. A oficialização da Língua de Sinais, tanto no âmbito internacional quanto no nacional. No caso do Brasil, a Língua de Sinais sofreu algumas mudanças quanto à sua nomenclatura e é atualmente denominada por Língua Brasileira de Sinais. Ela foi reconhecida como língua, por meio da Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002 51 que a oficializou com esse status. Assim, é direito do surdo que esta seja implantada e admitida como tal. [...] a educação dos surdos pode muito ser definida, ao menos em nosso continente, como uma história de impossibilidade.

A impossibilidade de se falar para e pelos surdos, a impossibilidade dos surdos falarem para e pelos ouvintes e por eles mesmos, e a impossibilidade dessas falas serem reunidas, visando à organização de uma política educacional que reconheça a diferença. Há também o Decreto de Lei nº. 5.626 de 22 de dezembro de 2005 que implanta o uso da LIBRAS, em todas as unidades escolares e a inclusão desta como disciplina curricular nos cursos de licenciatura de Pedagogia (Educação Especial), Fonoaudiologia e nas demais licenciaturas que envolvam o ensino pedagógico na grade curricular do Ensino Fundamental I e II, Ensino Médio e de qualquer curso superior oferecido por universidades e faculdades que estejam credenciadas ao Ministério da Educação. Com o objetivo de formar os alunos graduandos numa perspectiva mais inclusiva, para que eles possam atuar ou conviver futuramente com sujeitos com N.E.E e saber como trabalhar com estes. (BRASIL, 2005). Para tanto, a unidade escolar necessita se organizar, com o objetivo de garantir os direitos humanos ao seu alunado, contribuindo para sua efetiva aprendizagem e, concomitantemente, respeitando e adequando-se às suas necessidades educacionais especiais; independentemente de sua etnia, sexo, idade, condição social ou deficiência. (BRASIL, 2000). Segundo Mantoan (2003), "na escola inclusiva o aluno é sujeito e foco principal de toda ação pedagógica dirigida pelo professor, que o auxilia educacionalmente em todas as suas necessidades." A escola faz também o acompanhamento de seus familiares e da comunidade a qual o sujeito pertence, esse fator é imprescindível para o seu desenvolvimento, seja cognitivo ou social. Dessa forma, o mesmo acontece com o aluno com surdez, ele precisa de todo aparato

pedagógico e social para que possa sentir-se e ser efetivamente inserido na educação regular. A inclusão do surdo no Ensino Básico, implica numa mudança no Paradigma de Serviços e a implementação do Paradigma de Suportes, 52 a inclusão. Entretanto, há uma grande confusão entre os vocábulos integração e inclusão, os quais têm significados semelhantes, mas são empregados em situações de inserção diferentes no contexto sócio educacional. (MANTOAN, 2003).

3. DIREITO À EDUCAÇÃO BILÍNGUE PARA SURDOS NO BRASIL

Foi a partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948 e da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, em 1975, pela Organização das Nações Unidas (ONU) que as pessoas com deficiência passou a receber maior atenção..

Na década de 1980 foi estabelecida como a Década Internacional da Pessoa com Deficiência. Já em 1981 a ONU passou também a adotar esse princípio. No mesmo ano com a Declaração de Princípios, ficou garantido o equilíbrio através de oportunidades, as pessoas com deficiência, no que se refere à garantia dos direito sociais básicos (educação, habitação, transporte, trabalho, etc.).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 os direitos das pessoas com deficiência começaram a ser efetivados. A carta magna passou e constar o direito à igualdade, proteção e integração de todas as pessoas, sem qualquer tipo de discriminação; conforme o texto abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).

A CF/1988 deixa claro no seu artigo 208 que se deve assegurar a todos os cidadãos o acesso à educação, possibilitando o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente, na rede regular de ensino:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – Ensino fundamental e gratuito, assegurado, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

II – Progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III – Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (BRASIL, 1988)

A criança e o adolescente ainda tem seu direito à educação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme Art. 53 e 54 do ECA:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando sê-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Art.54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. (BRASIL, 1990)

A Lei nº. 8160 foi sancionada em 1991 como o símbolo para os surdos, que assegura a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva.

Em 20 de dezembro de 1999 surgiu o Decreto nº 3.298, regulamentando Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que ordena sobre a Política Nacional para a Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, alterado pelo decreto 5.296, de 2004.

Lei Federal nº 10.845, de 5 de março de 2004: institui, no âmbito do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência (PAED), com objetivo de garantir a globalização do atendimento especializado de discentes com deficiência, cuja situação permita a integração em classes comuns de ensino regular e de garantir, progressivamente, a inserção destes educandos nessas classes.

4 ESCOLA BILÍNGUE PARA SURDOS EM MANAUS AUGUSTO CARNEIRO DOS SANTOS

A Escola Estadual Augusto Carneiro dos Santos, situada na av. Joaquim Nabuco, bairro: Praça 14 de janeiro, conta atualmente com 33 funcionários e 87 alunos matriculados em regime especial. A mesma oferece atendimento específico relacionado à educação especial, alunos com deficiência auditiva, desenvolvida pela Secretaria de Estado de Educação e Qualidade do Ensino (SEDUC). A escola é certificada pelo ISO 9001 e ganhou prêmio de gestão em primeiro lugar no ano de 2009, a instituição está sempre buscando evoluir e melhorar.

A gestora da instituição informa que os professores são capacitados para trabalhar com as crianças e que são orientados pela escola. Eles devem possuir obrigatoriamente o curso de libras para poder desenvolver um trabalho de excelência com os alunos surdos que não sabem a língua. O professor que não tem muito conhecimento é orientado pela escola, a ler livros e pesquisar por mais informações o tempo todo, pois a escola possui uma parceria com a Universidade do Estado do Amazonas (UEA) porque eles possuem capacitação. Os próprios alunos da escola Augusto Carneiro são muito críticos, eles chegam a falar com o professor sobre suas dificuldades, e isso muito é importante para que o educador busque cada vez mais capacitação e estar sempre aprendendo.

Além das atividades realizadas em sala de aula, a instituição possui projetos que são desenvolvidos com os alunos e até mesmo para os pais das crianças, como o curso da Língua Brasileira de Sinais (Libras) para os pais ou responsáveis, para que eles possam ter o conhecimento da língua dos seus filhos e da possibilidade de se comunicarem melhor, além dos projetos de informática voltados para os pais, pois muitos deles ficam na escola esperando pelos filhos.

A escola realiza projetos por meio dos professores de educação física em que a instituição leva para a Vila Olímpica, no Dom Pedro, Zona Centro-Oeste, e durante três dias, geralmente no final do ano letivo, são realizado as atividades que são

desenvolvidas durante o ano e que são estimuladas toda a parte desportiva com os alunos por meio do atletismo, natação e outras modalidades.

É trabalhado em sala com os estudantes um projeto de sala de leitura para facilitar o entendimento dos alunos quanto às histórias dos livros. No final é feito um momento cultural para que o aluno apresente o que ele aprendeu na sala de leitura. Nessa atividade é trabalhada a língua portuguesa, já que a primeira língua estimulada é a de libras.

O trabalho de inclusão realizado na escola é preparar os alunos para o ingresso no Ensino Médio e são realizadas visitas na escola em que o aluno irá cursar o ensino. A família tem a opção de escolher a instituição em que o estudante concluirá os estudos, mas a Escola Augusto Carneiro sempre oferece duas instituições inclusivas da Coordenadoria Distrital de Educação 1 que são: o Colégio Brasileiro Pedro Silvestre e a Escola Estadual Frei Silvio Vagheggi, ambos no Centro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho fala sobre a Escola Augusto carneiro dos Santos que durante todos esses anos em que atuou e continua atuando, mostrou formas de como incluir a língua portuguesa na vida dos surdos, fazendo com que eles em especial possam desfrutar desse aprendizado e facilitando a conversação com os ouvintes. Sobre inclusão, é indispensável ressaltar a necessidade de ter um profissional com um vasto conhecimento na questão educacional dos surdos. Destaca-se também sobre como os surdos recebem essa situação, de forma específica eles anseiam por igualdade e por mais opções para aprendizado, o direito de adquirir conhecimento de qualidade. O poder que essa instituição tem sobre a comunidade surda aqui em Manaus é importante não só na formação acadêmica, eles ensinam valores, impõem regras e incentivam os surdos a compreenderem o sistema.

Os objetivos gerais e específicos foram alcançados a Escola em estudo apresenta total interesse na inclusão de alunos com deficiência auditiva, provendo constantemente o nivelamento de seus educadores, e a mesma promove através de projetos a importância da educação bilíngue para surdos no Brasil.

A pesquisa bibliográfica permitiu constatar que o tema se concentra no campo da educação e da pedagogia, evidenciando a ausência relativa de pesquisas que abordem a problemática da inclusão do surdo na educação, do ponto de vista das Ciências Sociais, em particular do Serviço Social.

É preciso que as autoridades e os profissionais da educação mantenham-se sob uma perspectiva crítica de inclusão e atuem constantemente com a ampliação dos conhecimentos e das teorias que podem iluminar a compreensão dessa problemática, bem como sua atuação profissional frente à mesma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. **Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências.** Acesso em 20 de dezembro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm Acesso em 25 de agosto de 2020.

Constituição (1988). **Constituição** da República Federativa do **Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto** da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do **Brasil**, Brasília, DF, 16 jul.

BRASIL. Lei nº10.436/2002: dispõe sobre a língua brasileira de sinais - libras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva. MEC/SEESP 2014, p.6. http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/port_surdos.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2020.

FENEIS – FEDERAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS SURDOS **Surdez: abordagem geral.** Strobel, K.L. e dias, S M.S. (orgs.) Curitiba. APTA Gráfica e Editora, 2001.

FERNANDES, Eulália. **Linguagem e Surdez.** Porto Alegre: Artmed, p. 55, 2003. <http://www.pos.uea.edu.br/data/area/dissertacao/download/27-26.pdf> , Acesso em 25.08.2020.

LABORITT, Emmanuelle. **O vôo da gaivota.** São Paulo. Best Seller, p. 59, 1994. <https://www.scielo.br/pdf/er/nspe-2/05.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

MANTOAN, M. T. E. **Inclusão escolar: o que é? por quê? como fazer?** São Paulo: Moderna, 2003.

MOURA, M.C. . **O Surdo: Caminhos para uma Nova Identidade**. Rio de Janeiro: REVINTER-FAPESP, 2000.

PERLIN, Gládis Teresinha. **O lugar da cultura surda**. In: THOMA, Adriana da Silva; LOPES, Maura Corcini (Orgs.) **A invenção da surdez: cultura, alteridade, identidade e diferença no campo da educação**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. (73 – 82)

QUADROS, R. M. **Educação de surdos: a aquisição da linguagem**. Artes Médicas. Porto Alegre. 1997. [http://projetoedes.org/wp/wp-content/uploads/Quadros Ronice Estudos-surdos-III.pdf](http://projetoedes.org/wp/wp-content/uploads/Quadros_Ronice_Estudos-surdos-III.pdf). Acesso em: 01 de setembro de 2020.

SAWAIA, B. B. **Da consciência à potência de ação: um movimento possível do sujeito revolucionário na psicologia social laneana**. In W. Galindo & B. Medrado (Orgs.), **Psicologia Social e seus movimentos: 30 anos de ABRAPSO** (pp. 35-51). Recife: Editora Universitária UFPE, 2011.

SKLIAR, C. **A surdez: olhar sobre as diferenças**. Porto Alegre: Mediação, p.25, 1988.

STROBEL, Karin. **As imagens do outro sobre a cultura surda**. Florianópolis. Editora UFSC. 2008. (p.30-31)

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E SUA INEFICÁCIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO.

BRUNA SPAGNOL: Advogada, Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela Faculdade Fael e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Mar del Plata Argentina.

RESUMO: Este artigo analisa a real face do sistema penal brasileiro, trazendo um breve histórico sobre a evolução das penas, bem como, demonstra que os presos não têm certas condições preservadas, conforme garantias constitucionais, e por isso, a pena não se presta ao fim a que ela se destina, assim como, faz referências aos abusos que os investigados sofrem já no seu julgamento e termina com uma crítica a ineficácia da suposta ressocialização que o cárcere propõe ao presidiário.

PALAVRAS-CHAVES: evolução histórica das penas, garantias legais ao condenado, ressocialização.

RESUMEN: Este artículo analiza el rostro real del sistema penal brasileño, brindando una breve historia de la evolución de las penas, además de demostrar que los presos no tienen ciertas condiciones preservadas, de acuerdo con las garantías constitucionales, por lo que la pena no es adecuada para la finalidad para la que se destina, además de hacer referencias a los abusos que ya sufren los investigados en su juicio y culminar con una crítica a la ineficacia de la supuesta resocialización que la prisión propone al preso.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2- Breve relato histórico sobre a aplicação da pena. 3- Dos direitos e garantias previsto em lei ao condenado. 4- A realidade de um condenado no Brasil. 5- Considerações finais. 6- Referências.

1- INTRODUÇÃO

A realidade do sistema penal brasileiro é degradante, atualmente a população carcerária brasileira já ultrapassa a marca de 758 (setecentos e cinquenta e oito) mil detentos, sendo a maioria negra e de classe econômica baixa, pessoas que mal

57 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>> Acesso em: 16 de novembro de 2020.

sabem ler ou escrever e que viram uma oportunidade fácil de chegar ao seus objetivos através do crime.

O Estado não consegue suprir as necessidades básicas dos apenados e muito menos proporcionar mínimas condições de dignidade humana, essas situações degradantes afrontam diretamente a Constituição Federal, pois os presos são tratados desumanamente.

O presente trabalho visa abordar as péssimas condições carcerárias do Brasil e a consequente ineficácia que tais problemas ocasionam à ressocialização dos condenados, o que nos dias atuais possuem percentual praticamente inexistente.

Trata-se de um tema atual e que vem sendo demasiadamente debatido na sociedade e entre os governantes, não há como esgotar os estudos sobre esse tema, pois é de extrema complexidade, mas abordaremos as principais características acerca da ineficácia da ressocialização da pena.

2- BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA

Não há como citar, de forma precisa, quando se iniciou o sistema punitivo dos povos, o que sabe é que a pena começou a ser aplicada nas comunidades primitivas, aquele que violava uma regra de determinado clã era punido.

Denota-se que desde seu surgimento, a pena, sempre foi vista como a única forma efetiva de punir o indivíduo pelo mal que causou a sociedade, deste modo, era permitido que este viesse a perder sua vida a fim de que assim se desse por retribuído o mal por ele praticado.

Essa retribuição ficou conhecida como a “vingança privada”, que consistia basicamente em punir o mal praticado visando atingir o infrator em suas dores físicas, e dar ao ofendido e seus familiares, o direito de vingar o crime praticado pelo meliante.

A vingança privada surgiu em razão de o Estado não intervir em tais punições, não havia nenhum tipo de proporcionalidade nas referidas medidas, uma vez que a vida do infrator era retirada em virtude de um simples furto de objetos, por exemplo.

Esse período histórico na criminologia é chamado por Shecaira de “Idade de Ouro”, onde a própria vítima quem efetuava a reparação ou a punição ao infrator, seria a autotuleta da vítima no processo.

A ideia de que a pena, em sua origem mais remota, surgiu com o instinto de conservação individual movimentado pela vingança pessoal é comum e generalizada. Alguns autores denominam esta época remota como período de vingança privada, pois a punição seria imposta exclusivamente como vingança, sem que houvesse qualquer medida com a pessoa do criminoso ou com o crime cometido. Seria a prevalência da 'lei do mais forte', livremente exercida e executada pelo próprio ofendido.⁵⁸

A disparidade entre as punições aplicadas e os delitos praticados só passou a ser um pouco controlada após a criação da Lei de Talião presente no Código de Hamurábi, tendo em vista que se baseava no "olho por olho, dente por dente". Deste modo, o Estado traz as primeiras noções de proporções na aplicação de penalidade ao infrator, uma vez que seria punido nos mesmos moldes de sua prática ilícita.

Já na idade contemporânea, houve uma evolução no modo de punir o infrator, sendo que a sociedade deveria achar uma forma justa e humana para punir o criminoso.

O movimento iluminista mostrou à sociedade que os meios de penalidades aflitivas não era digno de aceitação, uma vez que condenar o homem a meios de tortura e dor não resultariam em nenhuma finalidade capaz de acabar com as violações legais, como ensina Rogerio Greco.

O período iluminista teve fundamental importância no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na "razão", o que outrora era praticado despoticamente, agora necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como um mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.⁵⁹

58 CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

59 GRECO, Rogério. Sistema Prisional – Colapso atual e soluções alternativas. 2ª Edição. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

A partir de tais pensamentos os condenados passaram a ter maiores direitos diante do processo penal ao qual respondiam, uma vez que para haver a efetiva condenação era necessário que houvessem provas mais robustas acerca do fato.

Percebeu-se, portanto, que as penas físicas não mais teriam cabimento, assim, as penas privativas de liberdade passaram a ser vistas como a única forma de impor uma nova modalidade de retribuição do mal causado, agora não mais lhe causando dor física, mas sim a imposição de dor moral.

Ao privar o homem de seu direito de ir e vir bem como do convívio em sociedade, o Estado passa a atingi-lo de forma mais eficaz, uma vez que passou a ser de certo modo, banido do convívio social por certo período de tempo, impossibilitando-o assim de se relacionar com sua família e pessoas queridas.

Atualmente o Estado busca através da privação de liberdade, a ressocialização do indivíduo que comete ilícito penal, a pena consistente basicamente na ressocialização daquele que praticou uma conduta criminosa, porém sem deixar de aplicar a pena como medida de punição pelo mal que ocasionou a sociedade e como meio de prevenir o cometimento de novos ilícitos.

3- DOS DIREITOS E GARANTIAS PREVISTO EM LEI AO CONDENADO

A Constituição Federal de 1988 traz vários princípios, para garantir o devido processo legal e a dignidade da pessoa que cometeu algum tipo de delito, dentre esses princípios existe alguns de extrema relevância para este estudo, quais sejam: princípio da legalidade, da pessoalidade, da individualização e da humanização, que serão brevemente esclarecidos abaixo.

O princípio da legalidade dispõe que a pena aplicada ao infrator deverá sempre estar prevista em lei. Conforme dispõe o artigo primeiro do Código Penal, *"Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."*⁶⁰.

Neste mesmo contexto, José Frederico Marques discorre:

A condenação do réu não pode trazer a imposição da pena que a lei não preveja. É o *nullapoenasine lege* do Direito Penal Liberal que dita e inspira o caráter de estrita legabilidade das

60CODIGO PENAL BRASILEIRO, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acessado em: 19 de setembro de 2020.

sanções punitivas, pois se trata do princípio destinado a garantir o *jus libertatis* em face dos poderes de sujeição do Estado.⁶¹

Já o princípio da pessoalidade ou intranscendência, previsto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, afirma que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, portanto, ninguém responderá por crime que não cometeu.

Art 5º, XLV, CF – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.⁶²

O princípio da individualização da pena, previsto também na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, afirma que haverá uma pena para cada fato, pois se pune o fato, e não a pessoa.

Art 5º, XLVI CF - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.⁶³

A finalidade deste princípio é buscar uma adequação da pena ao delito/fato, garantindo a eficácia da sanção penal e garantindo também que o condenado não sofra mais do que o prescrito em lei, podendo exercer os direitos que não foram restringidos pela pena imposta.

Por último, mas não menos importante, o princípio da humanização ou dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição no seu artigo 5º, III, que estabelece: “ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante”⁶⁴. Tal princípio é de suma importância, pois sem ele poderia haver um retrocesso na história, voltando as penas cruéis da idade média.

O condenado deve ser tratado com humanidade. Não se permite que o castigo imposto venha a ser instrumento de

61 MARQUES, José Frederico, Tratado de direito penal. Campinas: Millenium, 1999.

62 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 19 de setembro de 2020.

63 Id.

64 Id.

iniquidade e degradação; necessário se faz, no entanto, que a pena, como um mal que o delinquente deve sofrer, não se dilua e desapareça no tratamento conferido ao condenado.⁶⁵

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclama, do seu artigo 11.

Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.⁶⁶

Ademais a Lei de Execuções Penais, nº 7.210/84, dispõe sobre os deveres e direitos dos condenados. O art. 40 e o art. 38 do Código Penal⁶⁷, atendendo ao disposto do art. 5º, XLIX, da Constituição da República Federativa, asseguram aos presos o respeito à integridade física e moral, tal que, essas regras harmonizam-se com a previsão de que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, conforme art. 5º, inciso III, CRFB.

Além disso, a Lei de Execuções traz em seu art. 41 o rol de direitos que os presos possuem, dentre eles: proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; e contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.⁶⁸

Os direitos garantidos ao criminoso pela Constituição Federal, assim como pelas legislações internas e internacionais, tem o intuito de castigar o delinquente pelo ato cometido, mas na proporção de sua culpabilidade, permitindo ao indivíduo se arrependa de seus atos podendo, após cumprido sua condenação, voltar a interagir em sociedade, permitindo a ressocialização do indivíduo.

65 MARQUES, José Frederico, Tratado de direito penal. Campinas: Millenium, 1999.

66 DOCUMENTO OFICIAL DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 19 de setembro de 2020.

67 CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

68 LEI DE EXECUÇÕES PENASIS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 18 de dezembro de 2020.

4- A REALIDADE DE UM CONDENADO NO BRASIL

Podemos começar mencionando o artigo 5º da Constituição Federal que diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”⁶⁹.

Outro princípio que se adequa ao que iremos trazer mais abaixo é o princípio da intranscendência o qual garante que a responsabilidade penal deve ser individual, posto que ninguém pode responder criminalmente além dos limites da própria culpabilidade.

Ocorre que nem sempre o “Todos são iguais perante a lei”, é realmente praticados pelos tribunais, muitas vezes o preconceito pela raça, cor ou até mesmo social, acaba por prejudicar o julgamento de alguns magistrados ferindo assim, desde o julgamento, o direito a dignidade da pessoa humana.

Um exemplo real disso foi uma Juíza Criminal do Estado do Paraná que ao julgar um crime de roubo acabou por utilizar a raça e a origem humilde do réu para condenar o homem, sem antecedentes criminais e sem ao menos saber sobre sua conduta social, por organização criminosa, um trecho da sentença:

Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente.⁷⁰

Percebesse que o preconceito e a injustiça para com os investigados já começa na própria sentença, sim, pois, raça não é um termo jurídico utilizado para condenar uma pessoa, aliás o Direito Penal busca punir a pessoa pelo crime praticado e não pelo o que a pessoa é.

Ademais, o investigado deve ser julgado com base em provas e no limite de sua culpabilidade, não há nesse caso concreto, por exemplo, que se falar em organização criminosa, verificasse que a própria Juíza ao mencionar “Seguramente

69 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 19 de setembro de 2020.

70 STABILE, Arthur. Juíza dá pena de 14 anos a homem negro 'em razão da sua raça. Disponível em: <<https://ponte.org/juiza-condena-homem-negro-em-razao-da-sua-raca-por-roubo/>> Acessado em 20 de setembro de 2020.

integrante do grupo criminoso”, deixa claro que ela própria estava em dúvida quanto a relação do indivíduo no suposto grupo.

O Direito Penal é claro, na dúvida a interpretação deve ser em favor do réu, é o princípio *in dubio pro reo*.

É perceptível a adoção implícita desse princípio no Código de Processo Penal, na regra prescrita no artigo 386, II, ex vi:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VII – não existir prova suficiente para a condenação.⁷¹

Mas o problema de humanização não para por aí, no Brasil a pena tem como finalidade a prevenção e retribuição, derivada da Teoria Mista ou Unificadora da Pena, o intuito é retribuir ao delinquente o mal causado a sociedade e com o castigo dado a este prevenir que outros, potenciais criminosos, venham a cometer crimes, mas tudo isso com o fim de ressocializar o condenado para inclui-lo novamente na sociedade.

Ocorre que o sistema punitivo do Estado é falho, pois as prisões não oferecem aos presos condições básicas de higiene, educação, convívio, não há ressocialização dos condenados ficando a taxa de reincidência cada vez mais alta.

Com intuito de fazer um levantamento para verificar qual o índice de reiterações criminais, o Conselho Nacional de Justiça divulgou uma pesquisa afirmando que até 2019, das pessoas com processos registrados no Tribunal de Justiça de todo o Brasil até 2015, eram reincidentes 42,5%, sendo que só no Estado do Paraná a reincidência chegava a 39,7%.⁷²

Percebesse portanto, que o Estado não investe na ressocialização do criminoso, apenas vai criando mais e mais leis, com isso a população carcerária só vai aumentando, pois o Estado não oferece estrutura para o preso voltar a conviver em sociedade.

71 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acessado em: 20 de setembro de 2020.

72 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. REENTRADAS E REITERAÇÕES INFRACIONAIS, Um Olhar sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>> Acesso em: 18 de novembro de 2020.

Além disso, é evidente que a omissão do Estado em fornecer aos presos condições dignas como saúde, higiene, educação, dentro dos presídios abre espaço para criação e fortalecimento de organizações criminosas que acabam forçando os presos a fazerem trocas de “favores” dentro e fora dos presídios por certas “regalias” ou até mesmo por segurança própria e de seus familiares, que é óbvio deveriam ser fornecidos pelo Estado.

Se a pena de prisão é imprescindível, segundo o Estado, para punir o criminoso, também é importante a aplicação de métodos de ressocialização ao indivíduo, pois com isso poderia a pessoa voltar ao convívio social com respeito e dignidade.

A ressocialização concreta do indivíduo, permitiria a diminuição da reincidência criminal, ocasionada principalmente pelo preconceito, pela exclusão social, pelo despreparo educacional e profissional e pela falta de oportunidades de trabalho.

Portanto, é primordial fazer uma reforma no sistema carcerário, com o propósito de buscar a ressocialização do criminoso. Deste modo, o Estado tem o dever de punir e prevenir o crime e, em contrapartida, tem a obrigação de ressocializar e reintegrar o preso na sociedade.

Pode-se dizer que não adianta apenas castigar o indivíduo, sendo necessário orientar o condenado, a fim de que ele possa ser reintegrado novamente na sociedade, assim o Estado deve proporcionar um amparo a esses indivíduos e não apenas excluí-los da sociedade e esquece-los em uma cela de cinco metros quadrados, com a ressocialização adequada os indivíduos poderão resgatar os seus valores e princípios, retornando ao convívio familiar e, sobretudo, para sociedade, evitando assim a reincidência.

O Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, em uma decisão sobre indenização por danos morais em decorrência de superlotação carcerária e falta de condições mínimas de saúde nos estabelecimentos prisionais, transcreveu o voto do Ministro Marco Aurélio na decisão que deu repercussão geral.

2. Vem-no das Constituição Federal, como verdadeiro princípio ligado à dignidade do homem, o dever do Estado de preservar o respeito à integridade física e moral do preso – inciso XLIV do artigo 5º. Grande veículo de comunicação – Rede Globo, mediante os programas Fantástico e Bom Dia Brasil – escancarou as precárias condições das penitenciárias

brasileiras. Ora, descabe tornar a teoria da reserva do possível como polivalente a ponto de se colocarem segundo plano a Carta da República. No mais, a situação versada no extraordinário extravasa o campo subjetivo do processo em que proferido ao acórdão impugnado. Cumpre ao Supremo, como guardião-maior da Lei Fundamental, pronunciar-se sobre a matéria, tal como admitiu o relator, Ministro Ayres Britto.⁷³

Diante disso, fica claro que o Estado tem a maior parcela de culpa pela atual situação que se encontra o sistema carcerário no Brasil, pois na medida em que não faz investimentos na estrutura física dos presídios, proporcionando melhores condições de saúde, lugares apropriados para o preso trabalhar, educação de qualidade e atendimento médico digno, o indivíduo volta delinquir, pois não tem oportunidade de mudar de vida.

Além disso, por falta de estrutura carcerária, falta de equipamentos e de funcionários públicos, os condenados por crimes de maior repercussão social são colocados no mesmo ambiente de pessoas que cometeram pequenos delitos, que as vezes, inclusive, nem precisariam estar ali se fosse aplicado o princípio da insignificância logo na fase pre-processual, evitando assim a reincidência, pois os delinquentes de menor periculosidade não estariam “aprendendo” com os delinquentes de maior periculosidade.

E mais, se o Estado desse mais atenção a grande massa de excluídos que vivem as margens da sociedade, fornecendo moradia digna, oportunidade de trabalho, saúde, educação e alimentação, diminuiria sensivelmente o cometimento de crimes e conseqüentemente a superlotação dos presídios.

Portanto, a mudança deve vir desde antes do cometimento do crime pelo indivíduo, ou seja, se o Estado fornecer o básico que é alimentação, moradia, educação e saúde ao indivíduo diminui a chance desse pensar em delinquir, mas se mesmo assim ocorrer, o estado deve punir com penas compatíveis com o crime cometido e buscar dentro da carceragem ressocializar o acusado para inseri-lo novamente na sociedade, mostrando a essa pessoa que o crime não compensa.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

73 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3540311>> Acessado em: 20 de setembro de 2020.

Verificasse que ao longo da história as penas são vistas pela sociedade como a única forma de retribuir ao criminoso toda a aflição que ele causou, e para isso quanto mais cruel for a pena mais a sociedade acha que foi “vingada” pelo crime cometido.

Para a sociedade a pena serve para excluir o delinquente do convívio social, “limpando as ruas”, assim, a maioria da população não se preocupa com as condições das instalações dos presídios e conseqüentemente o Estado permanece omissivo.

O caráter ressocializador e preventivo que deveria ser a finalidade da aplicação da pena, é absolutamente esquecido no momento do cumprimento da mesma, pois os presídios não têm a mínima condição de receber os condenados, submetendo esses a situações de insalubridade, propiciando o surgimento de várias doenças, ainda mais na situação pandêmica que vivemos hoje.

O Estado deve investir mais em segurança, educação e saúde, proporcionar ao cidadão um padrão de vida melhor, não se trata apenas de melhorar a aplicação da pena, mas sim o convívio social do brasileiro, evitando que os delitos ocorram e se mesmo assim uma pessoa vir a delinquir o Estado deve garantir que esse cidadão será ressocializado e inserido novamente de forma digna na sociedade, após cumprir sua punição proporcional ao crime cometido.

6- REFERENCIAS

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em 19 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 145.406. Minas Gerais. Furto. Caixas de Bombom avaliadas em R\$ 96,00. Princípio da insignificância. Incidência. Causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Observância, na espécie, dos vetores que caracterizam o fato insignificante. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello, 31 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC145406.pdf>> Acessado em 19 de setembro de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Saraiva, 2009.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

CODIGO PENAL BRASILEIRO, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>
Acessado em: 19 de setembro de 2020.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acessado em: 20 de
setembro de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. REENTRADAS E REITERAÇÕES INFRACIONAIS, Um Olhar sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf> > Acesso em: 18
de novembro de 2020.

DOCUMENTO OFICIAL DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <
<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acessado em: 19 de setembro de 2020.

GRECO, Rogério. Sistema Prisional – Colapso atual e soluções alternativas. 2ª Edição. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 18 de dezembro
de 2020.

MARQUES, José Frederico, Tratado de direito penal. Campinas: Millenium, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>> Acesso em: 16 de novembro de 2020.

ROXIN apud BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STABILE, Arthur. Juíza dá pena de 14 anos a homem negro 'em razão da sua raça. Disponível em: < <https://ponte.org/juiza-condena-homem-negro-em-razao-da-sua-raca-por-roubo/>> Acessado em 20 de setembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3540311>> Acessado em: 20 de setembro de 2020.

A INAPLICABILIDADE DO NOVO TETO DE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV) PARA EXECUÇÕES JUDICIAIS EM CURSO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: UMA NECESSIDADE DE MODULAÇÃO PELO STF?

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS: Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Em sessão virtual encerrada no dia 05/06/2020 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário nº 729.107/DF – referente ao Tema 792 – com repercussão geral. O caso sob análise tratou da averiguação da inaplicabilidade do novo teto de Requisição de Pequeno Valor (RPV) para execuções judiciais em curso contra a Fazenda Pública.

Segundo assentaram os Ministros da Corte, por unanimidade de votos:

EXECUÇÃO – FAZENDA – LEI – APLICAÇÃO NO TEMPO. Lei disciplinadora da submissão de crédito ao sistema de execução via precatório possui natureza material e processual, sendo inaplicável a situação jurídica constituída em data que a anteceda.

(RE 729107, Relator (a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe-228, DIVULG 14-09-2020, PUBLIC 15-09-2020) (grifou-se)

Em que pese esta decisão, o Distrito Federal por meio da sua Procuradoria Geral, manejou Embargos de Declaração, ainda pendentes de julgamento pelo Supremo, no sentido de que ocorra uma modulação dos efeitos de tal decisão, consoante trechos colhidos de sua peça recursal:

5. Por fim, o Distrito Federal traz à Mesa a questão da modulação dos efeitos do v. acórdão embargado, tema

possível de ser aventado em sede de embargos de declaração – cf., v.g., RE 594.435-SP-EDcl, Rel. p/ac Min. Alexandre de Moraes, DJe de 23-9-2019.

6. Com efeito, o caso concreto encerra situação de excepcionalidade que justifica sejam estabelecidos efeitos apenas prospectivos do julgado. Senão, vejamos.

7. Lembrando, trata-se na origem de execução de ordem mandamental coletiva concedida pelo TJDFT para assegurar ao SINDIRETA - Sindicato dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Tribunal de Contas do Distrito Federal, na condição de substituto processual de cerca de 6.000 (seis mil) filiados, o recebimento em pecúnia de valores de benefício alimentação suprimidos entre janeiro/96 e abril/2002, respeitada a prescrição quinquenal.

8. O trânsito em julgado da sentença coletiva ocorreu em junho/2004, quando ainda vigorava no Distrito Federal teto de RPV de 40 salários mínimos, reduzida para 10 salários-mínimos pela Lei local 3.624/2005.

9. A esta altura, tendo em vista a renúncia, por parte dos credores, dos valores que superam o teto da RPV e o recebimento do precatório, por muitos, em função da prioridade da idade ou doença grave, persistem aguardando pagamento cerca de metade dos beneficiários da ordem mandamental coletiva, algo em torno de 3.000 servidores.

10. Isto representa, considerado o teto de 40 salários-mínimos das RPVs, nada menos de R\$ 108.000.000,00 (cento e oito milhões) para pagamento em 60 (sessenta) dias só no caso dos autos, sem falar nas inúmeras execuções que se encontram sobrestadas, aguardando precisamente o julgamento do Tema 792-RG.

11. Este valor é totalmente impossível de ser dispendido pelo erário nos dias atuais, em que o Estado se encontra absolutamente impactado pelos nefastos efeitos e vultosas despesas decorrentes da pandemia da COVID-19,

comprometendo a sua capacidade de pagamento não só neste ano de 2020, mas também, e por força dos desdobramentos da crise, no orçamento do ano de 2021.

12. Sendo absolutamente irrecusável essa realidade, se mostra cabível que no caso concreto se possam modular os efeitos do v. acórdão embargado, de modo que o marco temporal que vem de ser definido passe a ser adotado, pelo menos no que diz respeito às execuções de sentenças coletivas, a partir da data da prolação do resultado do julgamento, qual seja 8 de junho de 2020.

13. Isto porque, consideradas as circunstâncias destacadas, o que haverá de inviabilizar a satisfação da condenação é o impacto do montante que decorre de sentenças coletivas – como é o caso dos autos –, a ser alternativamente resolvido com a diluição do pagamento em calendário mensal que excepcionalmente elasteça para 24 (vinte e quatro) meses o prazo para a satisfação integral do título exequendo, também a partir do dia 8 de junho de 2020.

14. Para registro, aqui não há falar que a jurisprudência da Corte já se assentara no sentido da tese que vem de ser adotada, na medida em que o eg. Plenário dessa Suprema Corte só se debruçou diretamente sobre o tema ao julgar a ADI 5.100-SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14-5-2020, invocada no v. acórdão embargado.⁷⁴ (grifou-se)

O recurso acima teve o seu julgamento iniciado em 12/02/2021 com previsão de conclusão em 23/02/2021, onde o Ministro Relator já pontuou, acertadamente, que:

É impróprio o pedido de modulação dos efeitos do acórdão. A providência surge extravagante. Tem-se instituto voltado a atender situações excepcionalíssimas. Descabe cogitar – sobretudo em processos de natureza subjetiva – de atribuição de eficácia prospectiva a decisão do Tribunal, dando-se o dito

74 Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4350039>. Acesso em: 12 fev. 2021.

pelo não dito para salvar-se situação concreta conflitante com a Lei Maior.

[...]

Além de não envolvido caso de alteração de jurisprudência do Supremo, o relevo social do tema foi devidamente sopesado, chegando o Plenário a conclusão diversa da buscada pelo ente público, privilegiando a segurança jurídica. (grifou-se)

Vale ressaltar que esse posicionamento pretendido pela Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF), notadamente com base no precedente da ADI nº 5.100/SC já mencionada, não encontra amparo no próprio Código de Processo Civil (CPC), a saber:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

§ 3º **Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal** e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º **A modificação** de enunciado de súmula, **de jurisprudência pacificada** ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (grifou-se)

Ora, a própria decisão paradigma citada pela PGDF foi clara ao dispor que o entendimento do STF acerca da matéria não sofreu alteração, mas somente foi corroborado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 729.107/DF – referente ao Tema 792 – a conferir:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ARTIGOS 1º E 2º DA LEI 15.945/2013 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REDUÇÃO DO TETO DAS

OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR PARA 10 (DEZ) SALÁRIOS MÍNIMOS. A VIGÊNCIA DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS PREVISTO NO ARTIGO 97 DO ADCT NÃO SUSPENDEU A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA ALTERAR O TETO DAS REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR INFERIOR AO DO ARTIGO 87 DO ADCT PARA AS OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR, SEGUNDO A CAPACIDADE ECONÔMICA DOS ENTES FEDERADOS. JUÍZO POLÍTICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE IRRAZOABILIDADE. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DO TETO DAS REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR ÀS CONDENAÇÕES JUDICIAIS JÁ TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À SEGURANÇA JURÍDICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO. 1. As Requisições de Pequeno Valor - RPV consubstanciam exceção à regra de pagamento de débitos judiciais pela Fazenda Pública na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, permitindo a satisfação dos créditos de forma imediata. 2. Os entes federados são competentes para estabelecer, por meio de leis próprias e segundo a sua capacidade econômica, o valor máximo das respectivas obrigações de pequeno valor, não podendo tal valor ser inferior àquele do maior benefício do regime geral de previdência social (artigo 100, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional 62/2009). 3. O § 12 do artigo 97 do ADCT é regra transitória que não implicou vedação à modificação dos valores fixados para o limite das obrigações de pequeno valor, mas, tão-somente, evitou que eventual omissão dos entes federados em estabelecer limites próprios prejudicasse a implementação do regime especial de pagamento de precatórios. 4. As unidades federadas podem fixar os limites das respectivas requisições de pequeno valor em patamares inferiores aos previstos no artigo 87 do ADCT, desde que o façam em consonância com sua capacidade econômica. Precedente: ADI 2.868, Redator do acórdão Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJ de 12/11/2004. 5. A aferição da capacidade econômica do ente federado, para fins de delimitação do teto para o pagamento de seus débitos por

meio de requisição de pequeno valor, não se esgota na verificação do quantum da receita do Estado, mercê de esta quantia não refletir, por si só, os graus de endividamento e de litigiosidade do ente federado. Precedente: ADI 4.332, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 8/5/2018. 6. In casu, o artigo 1º da Lei 15.945/2013 do Estado de Santa Catarina reduziu o teto das obrigações de pequeno valor do Estado para 10 (dez) salários mínimos, com a justificativa de que, nos exercícios de 2011 e 2012, foi despendido, com o pagamento de requisições de pequeno valor no patamar anterior de 40 (quarenta) salários mínimos, o equivalente aos gastos com os precatórios, em prejuízo à previsibilidade orçamentária do Estado. 7. A ausência de demonstração concreta da desproporcionalidade na fixação do teto das requisições de pequeno valor do Estado de Santa Catarina impõe a deferência do Poder Judiciário ao juízo político-administrativo externado pela legislação impugnada, eis que o teto estipulado não constitui, inequívoca e manifestamente, valor irrisório. **8. A redução do teto das obrigações de pequeno valor, por ser regra processual, aplica-se aos processos em curso, mas não pode atingir as condenações judiciais já transitadas em julgado, por força do disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Precedentes: RE 632.550-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/5/2012; RE 280.236-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 2/2/2007; RE 293.231, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 1º/6/2001; RE 292.160, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 4/5/2001; RE 299.566-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 1º/3/2002; RE 646.313-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 10/12/2014; RE 601.215-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 21/2/2013; RE 601.914-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 25/2/2013.** 9. O artigo 2º da Lei 15.945/2013 do Estado de Santa Catarina, conseqüentemente, é parcialmente inconstitucional, por permitir a aplicação da redução do teto das obrigações de pequeno valor às condenações judiciais já transitadas em julgado, em

ofensa ao postulado da segurança jurídica. 10. Ação direta conhecida e julgado parcialmente procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 2º da Lei 15.945/2013 do Estado de Santa Catarina, de forma a excluir do âmbito de aplicação da Lei as condenações judiciais já transitadas em julgado ao tempo de sua publicação. (ADI 5100, Relator (a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119, DIVULG 13-05-2020, PUBLIC 14-05-2020) (grifou-se)

Frente ao exposto, espera-se que este comportamento da Fazenda Pública Distrital em juízo seja rechaçado no julgamento dos Embargos de Declaração pelo STF, haja vista que não deve ocorrer, com a devida vênia, uma banalização do relevante instituto da modulação dos efeitos das decisões judiciais.

Aliás, não existe uma relação de causa e efeito entre a repercussão geral e a modulação, a pressupor que toda repercussão geral implicará em modulação. A repercussão geral pode se dar, como na hipótese em questão, como meio de reafirmação da tese firmada no STF. Não significa, em hipótese alguma, que haverá sempre uma necessidade de modulação, até porque esta é uma exceção e pressupõe a ruptura radical de pensamento do Supremo e o preenchimento claro dos requisitos constitucionais e legais alhures mencionados, que no caso inexistiu.

Em arremate, os precedentes ocupam um especial valor no sistema normativo processual⁷⁵, sendo descabido que a mera derrota da Fazenda Pública implique em necessidade de modulação, notadamente quando as suas teses judiciais foram claramente inadmissíveis e amplamente rejeitadas nos Tribunais.

Por fim, já era de conhecimento da Fazenda Pública Distrital que o STF mantinha este posicionamento reafirmado na repercussão geral, de modo que não existe sustentação de uma modulação numa frágil alegação de fatos posteriores como a COVID19, sob pena de se criar um cenário preocupante de desvirtuamento do princípio da segurança jurídica e um estímulo à falta de planejamento orçamentário para o pagamento de precatórios e RPV's.

75 ZANETI JR., HERMES. **O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

O CONTRATO DE COMPRA E VENDA NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI N.º. 8.078/1990

JOÃO PEDRO SILVA VERSIANI:

Acadêmico do curso de direito da
Faculdade de Ciências e Tecnologia
de Unai - FACTU

RESUMO: O presente artigo tem como fazer uma análise sobre os contratos de compra e venda no código civil, verificando a efetividade das normas aplicadas. Para tanto, foi utilizado uma pesquisa teórica para a elaboração do referencial teórico. Assim, no referencial teórico, analisou-se as normas existentes e a importância da efetividade das leis referentes aos contratos com ênfase de compra e venda. O presente artigo tem como objetivo verificar os contratos de compra e venda no código civil e suas legislações que rege, do mesmo modo dando ênfase com a legislação especial do Código do Consumidor. O presente trabalho justifica-se pela importância de se estudar o contrato de compra e venda e suas contribuições e consequências maléficas com o não cumprimento do mesmo e sua alta complexidade material. Irá ser analisado, em sua primeira parte, o referencial teórico do trabalho, que será a observação das leis dos contratos de compra e venda e sua efetivação com o código civil/julgados, além disso será abordado uma análise de sua relação com o Código do Consumidor., suas consequências e doutrinas sobre o assunto.

Palavras-chave: Cumprimento do contrato. Doutrina. Consequências.

1 INTRODUÇÃO

O contrato de compra e venda é um contrato bilateral, oneroso e consensual mediante o qual o vendedor se obriga a transferir bem ou coisa ao comprador, que assim, possui a obrigação de pagar preço determinado ou determinável em dinheiro ou outro bem. Logo, trata-se de um contrato onde há obrigações recíprocas para cada uma das partes. Assim, teremos o credor e o devedor, onde o credor irá receber a coisa e o devedor irá dar a coisa. Por conseguinte, o artigo 481 do Código Civil disserta: "Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro". No contrato de compra e venda, por sua natureza, tem como elemento constitutivo a coisa, o preço e o consentimento, conforme o artigo 482 do código civil.

Para escrever o presente trabalho foi necessário fazer a seguinte pergunta: quais são os problemas mais enfrentados na gestão de contratos e porque tanta

quebra de contrato de compra e venda? Os objetivos específicos têm como finalidade conhecer e observar como está a situação mercantil dos contratos de compra e venda e suas inadimplências e a efetividade do judiciário em resoluções de conflitos desse modelo juntamente com os artigos do Código Civil vigente atualmente.

Quanto a metodologia aplicada, foi realizada pesquisa qualitativa, com fontes secundárias (referencial teórico), visando o conhecimento doutrinário acerca da matéria, além de utilizar o método e como técnicas de pesquisa a abordagem conceitual.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA, SEUS ELEMENTOS, A COISA E PARTES.

O contrato de compra e venda é gerenciado nas classificações de ser bilateral perfeito ou sinalagmático (porque gera obrigações recíprocas), oneroso porque ambos obtêm um proveito que vem seguido de um custo, além disso, em regra é consensual, que é melhorado com o acordo de vontades, como dispõe o artigo 482 do Código Civil: “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço. ” O artigo 481 do Código Civil 2002 conceitua a compra e venda como sendo o contrato pelo qual o vendedor se obriga a transferir ao comprador uma coisa móvel ou imóvel em troca de uma remuneração (preço). Assim, em regra geral, a propriedade é transferida com a entrega (tradição) da coisa (móvel), por conseguinte a coisa imóvel transfere-se com o registro no Cartório de Registro Imobiliário.

“Civil. Compra e venda. Imóvel. Transcrição. Matéria de prova. I – Ensina a doutrina que na compra e venda de imóvel a transcrição no registro imobiliário do título translativo da propriedade apenas completa, ainda que necessariamente, a operação iniciada com o contrato, ou qualquer outro negócio translativo. O *modus* é condicionado pelo *titulus*. O registro é ato automático, independente de providências do transmitente. II – Em sede do Especial, inviável qualquer intento no sentido de reexame de matéria que envolva reavaliação de provas. III – Recurso não conhecido” (STJ, REsp 5.801/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3.^a Turma, j. 10.12.1990, DJ 04.02.1991, p. 576).

No que concerne sobre a coisa, o Código Civil em seu artigo 483 disserta-se que é nula a venda de coisa inexistente, nesse quesito a lei ampara-se aos indivíduos que tem propriedade rural ou a que venha adquirir, com a venda da existência potencial da coisa, como a safra futura. Nesse sentido, a lei proíbe a venda de coisas inexistente, mas é permitido que, mesmo não existindo a coisa, mas sabendo que ela existirá que pode ser feita a sua venda.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 936741 GO 2007/0065852-6 (STJ) COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA.INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002 : (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de **compra e venda de coisa futura**, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis. 5. Recurso especial conhecido e provido.

O objeto da compra e venda necessita ser determinado, ou passível de ser determinado no momento da execução, pois no contrato é gerado a obrigação de dar, que consistente em entregar, devendo recair sobre a coisa individuada. Admite-se a venda de coisa incerta, indicada ao menos pelo gênero e quantidade (CC, art. 243), que será determinada pela escolha, bem como a venda alternativa, cuja indeterminação cessa com a concentração (art. 252). A coisa pode ser, portanto,

específica, quando o objeto que se vende é precisamente determinado, ou genérica, quando é feita alusão ao gênero das coisas ou à sua quantidade, sem especificá-las.

A doutrina ainda discute se trataria de compra e venda a contraprestação em dinheiro com acréscimo de serviços ou de créditos. Entende-se que sim, desde que a parte maior seja em dinheiro.

2.2 CLÁUSULAS NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE RESTRIÇÕES AO NEGÓCIO

Partindo deste pressuposto, observa-se que no contrato de compra e venda, há limitações quanto a sua relação, o seu conteúdo que está sob pena de nulidade ou anulabilidade. Assim, nota-se no artigo 496 do código civil, que há a restrição da venda de ascendente para descendente. Esta restrição, diz expressamente neste artigo que é anulável a venda de ascendente para descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge consentirem, porém, caso o regime de bens for de comunhão universal é dispensado o consentimento. Desse modo, para vender um imóvel para o filho, a mãe necessita-se de autorização dos demais filhos e de seu cônjuge, sob pena de anulação da venda.

Dando prosseguimento à explanação, o artigo 497 do código civil trata da venda de bens sob administração, que aqueles que há bens confiados em sua guarda e administração, não podem comprar. Logo, o termo aqueles se referem aos tutores, curadores, testamenteiros, administradores, mandatários, gestores de negócios, síndicos condominiais, etc. Ressalto que os servidores públicos não podem adquirir bens da administração pública que for sua empregadora, tanto que os servidores do judiciário não podem adquirir bens em litígio nos tribunais onde estão lotados

Já no artigo 499 do código civil, trata-se da venda entre cônjuges, que possibilita a compra e venda entre cônjuges desde que o contrato seja compatível com o regime de bens por eles adotado, ou seja, o casal que por sua natureza jurídica tiver o regime de comunhão universal de bens, não poderá alienar sem autorização do cônjuge. Além disso, para esse formato de contrato, é necessário consentimento expresso em escritura pública ou no instrumento do negócio principal, exceto para bens particulares. Assim, caso algum bem for vendido e que já faça parte da comunhão, a venda é nula por impossibilidade do objeto, regulado pelo artigo 166 do código civil.

Por fim, trago o artigo 504 do código civil, que é a venda de bens em condomínio ou venda de coisa comum. Neste, cabe observar há duas classificações para condomínio: pro indiviso e pro diviso. Consoante ao Flávio Tartuce, o pro

indiviso é quando o bem não se encontra dividido no plano físico ou fático entre os vários proprietários e pro indiviso é quando apesar de possuírem condomínio, os condôminos têm sua parte delimitada no plano físico. No entanto, está se tratando aqui do pro indiviso. Neste tipo de contrato formal, há um direito de preferência entre os condôminos, ou seja, não poderá um condômino em coisa indivisível vender sua parte para estranhos caso outro condômino a queira. Logo, caso houver venda, poderá fazer a consignação em pagamento.

2.4 A COMPRA E VENDA CIVIL E SUAS COMPATIBILIDADES NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL DA LEI N.º. 8.078/1990.

A primeira parte do Código Comercial foi revogado pelo Código Civil de 2002, que extinguiu as diferenças legais entre os contratos de compra e venda civil e mercantil, fazendo com que fiquem unificados. Não é necessário para tais mudanças nos contratos de compra e venda, entre pessoas físicas ou jurídicas, pois as partes serão sempre o vendedor e o comprador. Assim, por ser o contrato que rege as relações no mercado de consumo, as partes ficam sujeita à legislação da defesa do consumidor, ou seja, o Código do Consumidor, onde converte-se as partes em fornecedor e consumidor. Logo, o contrato de compra e venda mercantil, quando o comprador era consumidor, insere-se no contrato de consumo, onde quem rege são as normas especiais. Diante disso, quando a empresa for a credora e destinatária do produto, ela também será consumidora e protegida pela legislação especial.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Diante da relação entre os contratos de compra e venda juntamente com o código de defesa do consumidor, acrescento também que na desistência da compra, o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou no ato do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone, internet ou a domicílio. Se o consumidor exercer o

direito de arrependimento da compra, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos imediatamente, financeiramente atualizados.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a importância do contrato de compra e venda nas relações de comércio é imprescindível. O contrato traz consigo uma grande característica que é a de gerar segurança jurídica nessas relações. O código civil é preciso quando se trata dos detalhes do contrato de compra e venda, deixando claro quais são as regras e os requisitos de validade que permeiam esta relação.

Para fins de finalização deste artigo, trago a cláusula de arrependimento, expressa no artigo 420 do Código Civil, se as partes o estipularem no contrato a consequência é a perda do sinal (se o comprador desistir) ou a devolução em dobro (no caso se o vendedor desistir).

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **EDcl no Agravo em Recurso Especial N° 696.937 – MS (2015/0087473-0)**. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612065/recurso-especial-resp-936741-go-2007-0065852-6-stj>>. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Direito Empresarial. Contratos. Compra e Venda de coisa futura**. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612065/recurso-especial-resp-936741-go-2007-0065852-6-stj>>. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 12 setembro 2020.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014. 523 p.

O PODER DE CRÍTICA NO MEIO VIRTUAL: USO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM OPOSIÇÃO ÀS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

INAÊ MUNIZ PIRES DE QUEIROZ:

Mestranda em Direito Constitucional PUCSP. Bacharel em Direito pela PUC SP. Curso de extensão de RJ e falência PUCSP. Advogada do contencioso na empresa Itaú Unibanco SA.

RESUMO: O constitucionalismo que nada mais é do que um instrumento civilizatório que visa à limitação do poder através do reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo um movimento político-jurídico, calcado em denso conteúdo histórico (“processo civilizador”), passou a ser a expressão e o resultado desse processo. A positivação dos direitos fundamentais é resultante deste processo, lhes conferindo plena normatividade e garantindo as bases democráticas para o estabelecimento de uma sociedade multicultural. Do ponto de vista do direito, a liberdade de expressão na internet pode resultar em consequências tanto positivas quanto negativas. A crescente “espetacularização da justiça”, a influência midiática tendenciosa via notícias falsas (“fake news”) e a pressão social online que afeta a imparcialidade dos magistrados são alguns dos diversos exemplos das influências virtuais que afetam negativamente o sistema vigente. Para a demonstração da influência e das consequências do uso da liberdade de expressão no meio virtual, adentraremos no polêmico caso tipificado como “estupro culposo”, da jovem brasileira Mariana Ferrer.

Palavras chave: liberdade, expressão, internet, Mariana Ferrer, direitos fundamentais, redes sociais.

SUMÁRIO: Introdução. Capítulo 1. Direitos Fundamentais e o processo de interpretação do texto normativo. 1.1 Da liberdade de expressão Capítulo 2 A tutela da liberdade de expressão pelo Marco Civil da Internet. Capítulo 3. Caso Mariana Ferrer- Estupro culposo não existe. 3.1. Influência da liberdade de expressão por meio das redes sociais no caso Mariana Ferrer 4. Conclusão. 5. Bibliografia Consultada

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar de que maneira o uso da liberdade de expressão e o poder de crítica, que é constitucionalmente garantida, influência nas decisões e sentenças deliberadas pelo Poder Judiciário. Muito da influência destas decisões ou de medidas decorrentes dela partem do meio virtual e do uso das redes sociais pela

população, que, de alguma forma, se vê mobilizada a intervir e chamar atenção para o debate do caso.

O artigo também pretende especificar quais são os meios de regulamentação do uso da internet que vigoram hoje no país, como este controle é feito? Com a difusão da tecnologia, grande parte dos atos da vida civil estavam ocorrendo no ambiente online, surgindo, assim, uma preocupação em regulamentar e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais na internet. Clássicos são os problemas de violação dos direitos fundamentais em meios sociais, como também, a pretensão de resguardar o direito fundamental de si ou de outrem por meio de ferramentas tão poderosas quanto as redes sociais. Assim, será parte do artigo a demonstração da regulamentação do uso da internet do Brasil, conhecido como Marco Civil da Internet- Lei 12.965/2014 e a tutela do ciberespaço no Brasil. Será mostrado por meio deste capítulo que a escolha do legislador quanto à reponsabilização, resulta numa proteção a liberdade de expressão, evitando casos de censura prévia pelas empresas provedoras, e incumbido as partes lesadas a provocaram o poder judiciário diante de supostos atos ilícitos cometidos no ambiente virtual.

Para corroborar com o artigo, analisaremos o processo do constitucionalismo que nada mais é do que um instrumento civilizatório que visa a limitação do poder através do reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo um movimento político-jurídico, calcado em denso conteúdo histórico ("processo civilizador"). Assim, a Constituição passa a ser a expressão e resultado desse processo e, a positivação dos direitos fundamentais, é resultante deste processo, lhes conferindo plena normatividade e garantindo as bases democráticas para o estabelecimento de uma sociedade multicultural. No entanto, para que tal sociedade se mantenha, Georges Abboud defende que deve haver uma atuação conjunta tanto da sociedade civil, quanto dos agente políticos, sendo extremamente importante compreender o processo constitucional sob o paradigma da dimensão hermenêutica do pós-positivismo e com a necessidade de se eliminar o aspecto discricionário presente em decisões administrativas e judiciais

Para a demonstração da influência e das consequências do uso da liberdade de expressão no meio virtual, adentraremos no polêmico caso tipificado como "estupro culposo", da jovem brasileira Mariana Ferrer. A frase "Não existe estupro culposo" repercutiu em todas as mídias sociais como forma de manifestação contrária a tipificação penal do juiz Rudson Marcos. Além de que, as manifestações chamaram a atenção para o debate após o vídeo com imagens da audiência do caso de estupro denunciado pela jovem catarinense Mariana Ferrer, de 23 anos, terem sido pelo site "The Intercept Brasil", causando indignação e grande repercussão, no

Brasil e no exterior. O crime ocorreu em uma festa no final do ano de 2018, na cidade de Florianópolis, no julgamento o empresário foi inocentado, pois, segundo os argumentos, o empresário “não tinha a intenção de estuprar”, tese esta que não encontra nenhum precedente na justiça brasileira. A tese inicial do Ministério Público é de estaríamos a diante de um crime de estupro de vulnerável, pois segundo os relatos, Mariana era virgem e havia sido drogada na festa

Resta saber quais foram as consequências da utilização das mídias sociais e da liberdade de expressão no caso de estupro da modelo Mariana Ferrer.

Capítulo 1. Direitos Fundamentais e o processo de interpretação do texto normativo.

Os direitos fundamentais são fruto de uma construção histórica, marcada por lutas que buscam a consolidação dos direitos até então conquistados⁷⁶. Isso nos permite assegurar que direitos fundamentais assim o são, não porque foram positivados, mas principalmente, porque são frutos de uma conquista histórica ou, nas palavras de Norbert Elias, um “processo civilizador”.⁷⁷

O constitucionalismo nada mais é do que um instrumento civilizatório que visa a limitação do poder através do reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo um movimento político-jurídico, calcado em denso conteúdo histórico (“processo civilizador”). Assim, a Constituição passa a ser a expressão e resultado desse processo e, a positivação dos direitos fundamentais, é resultante deste processo, lhes conferindo plena normatividade e garantindo as bases democráticas para o estabelecimento de uma sociedade multicultural. No entanto, para que tal sociedade se mantenha, Georges Abboud defende que deve haver uma atuação conjunta tanto da sociedade civil, quanto dos agentes políticos, sendo extremamente importante compreender o processo constitucional sob o paradigma da dimensão hermenêutica do pós-positivismo e com a necessidade de se eliminar o aspecto discricionário presente em decisões administrativas e judiciais.⁷⁸

Por um tempo, o paradigma adotado pela ciência jurídica era o da vertente positivista, segundo a qual, o conhecimento era adquirido através da relação entre sujeito e objeto sendo que, todo o conteúdo pessoal adquirido pelo primeiro devido

76 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992 (p. 9)

77 ABOUD, Georges. O Processo Constitucional Brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

78 ABOUD, Georges. O Processo Constitucional Brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p 50)

a experiências pessoais, afetava de certa forma, na maneira como o sujeito interpretava a realidade.

No entanto, a mudança de paradigma filosófico ocorrida com o giro-linguístico culminou com a visão pós-positivista, segundo a qual não é possível analisar determinado fenômeno jurídico de forma apartada da realidade. Aqui, “a questão do fundamento fica deslocada para uma estrutura constituidora de mundo: linguagem”⁷⁹ ou seja, a linguagem deixa de ser um mero instrumento de ligação entre sujeito-objeto e passa a ser a própria compreensão da realidade:

“Diante disso, as teorias do direito (de Kelsen a Hart) entraram nos trilhos desse giro linguístico operado pela filosofia. De alguma forma, toda a teoria do direito produzida no século XX parte o pressuposto inexorável de que a análise da linguagem – entendida como instância na qual se produzem os significados e o sentido – é o ponto decisivo para a compreensão do fenômeno jurídico.”⁸⁰

O intérprete, assim como o texto a ser interpretado, carregam consigo uma determinada carga de conteúdo produzida no passado e no presente, sendo a interpretação a produção – e não reprodução – de um novo significado, nas palavras de Lênio Streck, “O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá. Essa adição de sentido ocorre da consciência histórica-efetual, na qual o intérprete está possuído. Isto porque há um caráter construtivista na história”.⁸¹

Importante ressaltar que o processo de concretização, no qual cada interpretação produz uma norma, não significa que tal ato pode ser feito de maneira discricionária por parte do intérprete. Aqui é que se manifesta a verdadeira importância da história e cultura do local, do caso e do intérprete. O intérprete nunca será um ser totalmente desprovido de qualquer conteúdo, assim também como o próprio texto a ser interpretado (texto normativo), não será vazio de qualquer valor histórico, sempre haverá uma certa tradição que constituirá o espaço e o limite de atuação que poderá ser explorado pelo intérprete.

79 ABOUD, Georges. O Processo Constitucional Brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p 50)

⁸⁰ Idem, p. 68

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. (p. 215)

1.1. Da Liberdade de Expressão

É mister a afirmativa de que a liberdade de expressão é proveniente da autonomia do indivíduo formada pela necessidade social de comunicação com os demais indivíduos. Conforme afirmado por Daniel Sarmento⁸², a dimensão essencial da dignidade da pessoa humana é também formada pela possibilidade de cada um expor as suas ideias e concepções, fazendo, também divulgações de obras e etc.

Assim, podemos entender que o ato de privar o ser humano de qualquer destas faculdades inerentes da liberdade de expressão constitucionalmente garantida, restringe a capacidade de realização deste indivíduo, tolhendo sua autonomia individual.

Importante ressaltarmos que a liberdade de expressão não se restringe apenas na figura daquele que expõe seu pensamento, mas alcança e tem o propósito também de atingir a figura do ouvinte. Com essa junção de necessidade de expressão, somada a revolução digital que vivemos, a troca de informações na internet, por meio de sites, facebook, twitter, instagram e whatAspp, tornou-se o meio mais propício de emissão de opinião de diferentes maneiras.

A Liberdade de expressão não tem seu exercício puro inofensivo. Conforme afirmado por Daniel Sarmento⁸³, muitas são as vezes que as palavras e as ideias ferem e isto faz parte do jogo. Exemplos disso temos a imprensa quando publica alguma crítica totalmente desfavorável a uma obra literária, é muito provável que este ato cause grande tristeza ao seu autor – há casos até de suicídio –, e lhe traga também prejuízos materiais, pela diminuição das vendas do livro. Quando ela condena como antiéticos os atos de algum político, ela certamente abala a sua reputação e pode definir o seu fracasso numa eleição. Vale ressaltar que isso não justifica a proibição destes atos expressivos nem a penalização de quem os escreveu ou veiculou. Na verdade, a formação de um debate livre, robusto e aberto de ideias na sociedade é um dos objetivos fundamentais da liberdade de expressão, e neste debate alguns fatalmente saem arranhados. Este é um preço que vale a pena pagar para viver-se numa democracia.

Com isso, é claramente afirmado que a liberdade de expressão é usada tanto para defesa de uma causa e amplitude de um debate ou uma pauta, como, também, muitas vezes utilizado para denegrir algo ou fazer oposição à imagem de alguém.

⁸² SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "HATE SPEECH"

É de conhecimento geral que a liberdade de expressão está disposta na constituição no artigo 5º, sendo que nos incisos V e X, temos a disposição de imagem e honra, ressaltando que tanto a imagem quanto a honra não podem ser violadas. Importante frisar que o artigo demonstra que o direito de se expressar não podem ser violados, não garantindo espaço para ofensas, violação dos direitos humanos ou propagação de discurso de ódio.

O direito à liberdade de expressão não pode se sobrepor ou infringir a dignidade da pessoa humana, caso venha ferir a dignidade da pessoa humana, existe a possibilidade de buscar a justiça para pedir a reparação. Logo, a justiça tem que se valer como meio de reparação nos casos que atentem contra a dignidade da pessoa humana.

O poder de crítica de que se valem os cidadãos no meio virtual é tão grande, mas tão grande que muitas das decisões judiciais repercutiram negativamente nas mídias sociais acarretando consequências e chamando a atenção da população para pautas relevantes como: racismo, violência contra a mulher, negligência do Poder Judiciário com relação às classes desfavorecidas.

Exemplos claros de repercussão nas mídias sociais foram os casos de “Miguel Otávio”, menino de 5 anos, que caiu do 9º andar no prédio em que a sua mãe Mirtes trabalhava como empregada doméstica. O caso repercutiu nas mídias sociais chamando atenção quando pessoas influentes nas mídias destacaram os acontecimentos sobre o caso, logo houve multiplicação de textos e os conhecidos “stories” do instagram em vários perfis de usuários da plataforma.

Além de chamar atenção para a pauta de classe social e o pouco caso por parte da patroa na figura de aquela que detém a responsabilidade por olhar a criança, Mirtes(mãe do menino), também foi alvo de ofensas nas redes sociais após solicitar indenização na justiça no valor de R\$987 mil reais.

Outro caso que repercutiu nas redes sociais foi o caso da modelo Mariana Ferrer, que ocorreu em setembro de 2020 e o empresário André de Camargo Aranha foi inocentado pela justiça no caso, resultando revolta entre mulheres e ativistas, levando a hashtag #justiçapormariferrer aos trending topics do twitter, caso este que será abordado em outro capítulo.

Constata-se que não obstante a internet ter surgido, na modalidade comercial, na década de 90 e ter se tornado uma ferramenta onipresente no cotidiano de grande parte da população mundial, foi apenas em 2014 que a discussão jurídica extrapolou a seara penal e adentrou o âmbito da regulação de seu

USO.

A preocupação original dos legisladores, dos operadores do direito e até mesmo da sociedade tinha como foco os crimes cometidos por intermédio de computadores, resultando em normas e na criação de tipos penais relacionados à condutas praticas no âmbito virtual (como exemplo, tem-se a Lei federal nº 12.737 de 2012, a qual trata dos crimes eletrônicos).

Contudo, percebeu-se que, com o desenvolvimento e difusão da tecnologia, grande parte dos atos da vida civil estavam ocorrendo no ambiente online, surgindo, assim, uma preocupação em regulamentar e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais na internet.

Nesse contexto, foi promulgada a lei federal nº 12.956 de 2014, popularmente intitulada de “marco civil da internet”, a qual estabelece em seu texto os princípios, direitos, deveres e garantias que norteiam e delimitam o uso da internet no Brasil. Tal regulação abrange tanto relações jurídicas e sociais que ocorrem apenas no ambiente online (como exemplo, tem-se a questão da responsabilidade dos provedores) quanto situações não exclusivas do ciberespaço (como exemplos, verifica-se a privacidade, proteção de dados pessoais e a liberdade de expressão).

Quanto ao objeto e escopo normativo do Marco Civil da Internet, estes se encontram positivados em seu art. 1º, e consistem em fornecer garantias, direitos, deveres e diretrizes para o uso da internet no Brasil.

Uma interpretação literal do referido artigo resulta, no que tange a escolha de empregar o termo “uso da internet”, na constatação de que o legislador infraconstitucional estava preocupado, apenas, com a regulação dos atos do usuário de uma estrutura física e lógica.

Contudo, uma visão hermenêutica finalística, possibilita identificar que o âmbito de tutela normativa, na verdade, abrange um ambiente de inter-relacionamento apto à produção de atos e fatos que impactam diretamente o mundo jurídico; afetando, assim, não só usuários, mas a sociedade como um todo.

A tutela da liberdade de expressão no ambiente virtual é uma das principais preocupações do Marco Civil da Internet, o qual elenca em seu art. 2º⁸⁴os

84 Art. 2º. *I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.*

fundamentos da Lei, incluindo a promoção dos direitos humanos e o exercício da cidadania.

Em consonância com tais fundamentos estão os princípios que regem a lei federal nº 12.956 de 2014, os quais tem natureza normativa e orientam o operador do direito na compreensão das regras jurídicas; estão dispostos no art. 3º85.

Tais princípios e objetivos reproduzem, em muitos dos incisos, normas jurídicas instituídas pelo poder constituinte, logo, depreende-se uma preocupação em tutelar e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais de outros dispositivos constitucionais no ciberespaço,

Capítulo 2. A tutela da liberdade de expressão pelo Marco Civil da Internet

A liberdade de expressão é um direito basilar do ordenamento jurídico pátrio, sendo essencial ao Estado Democrático de Direito (vedação à censura) e, simultaneamente, enquadra-se como direito fundamental.

Conforme já mencionado, a Lei Federal nº 12.965 de 2014 elencou a “liberdade de expressão” como um de seus fundamentos (art. 2º) e princípios norteadores (art. 3º), demonstrando a relevância da proteção de tal direito no ambiente virtual.

Dentre os mecanismos instituídos pelo Marco Civil da internet para instrumentalizar e operacionalizar o direito à liberdade de expressão na esfera digital, a distribuição da responsabilidade civil é um dos mais relevantes e eficientes.

O art. 18 da Lei estabelece que o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, logo, tais empresas não são responsáveis pelos atos praticados por terceiros que usam os canais de comunicação por elas fornecidas.

Constata-se que é uma regulamentação similar àquela utilizada em outros meios de conexões, como é o caso do setor de telefonia, na qual a responsabilidade também recai sobre o usuário e não sobre as provedoras.

85 Art. 3º. I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Caso a responsabilidade civil incidisse sobre tais empresas, devido ao modelo de negócio que, primordialmente, objetiva o lucro, haveria uma atuação que promoveria uma restrição à liberdade de expressão dos usuários.

Isso porque as empresas provedoras, visando mitigar os riscos de uma eventual condenação ao pagamento de ressarcimento e indenizações, realizariam uma censura prévia dos conteúdos, para excluir aquelas que entendesse ser classificadas como “atos ilícitos”. As provedoras de internet, tenderiam a decidir pela retirada de conteúdo e pelo banimento de usuários diante de o menor indício de eventual responsabilidade civil.

Portanto, a escolha do legislador quanto à reponsabilidade, resulta numa proteção a liberdade de expressão, evitando casos de censura prévia pelas empresas provedoras, e incumbido as partes lesadas a provocaram o poder judiciário diante de supostos atos ilícitos cometidos no ambiente virtual.

Capítulo 3. Caso Mariana Ferrer- “Estupro culposo não existe”

Em setembro de 2020, o empresário André de Camargo Aranha foi inocentado pela justiça no caso de estupro da promotora de eventos e modelo, Mariana Ferrer, o resultado gerou revolta entre mulheres e ativistas, levando a hashtag #justiçapormariferer aos trending topics do twitter.

O crime ocorreu em uma festa no final do ano de 2018, na cidade de Florianópolis, no julgamento o empresário foi inocentado, pois, segundo os argumentos, o empresários “não tinha a intenção de estuprar”, tese esta que não encontra nenhum precedente na justiça brasileira. A tese inicial do Ministério Público é de estaríamos a diante de um crime de estupro de vulnerável, pois segundo os relatos, Mariana era virgem e havia sido drogada na festa.

Posteriormente, segundo o promotor responsável pelo caso, não havia como o empresário saber durante o ato sexual, que a jovem não estava em condições de consentir a relação, não existindo por tanto, intenção de estuprar, alegando assim “erro de tipo”, logo, André foi absolvido,

No julgamento, o que chama atenção são as imagens e áudios do advogado Cláudio Gastão humilhando Mariana, falando frases como “peço a Deus que meu filho não encontre uma mulher que nem você”, “Teu showzinho você vai lá dar no instagram depois, para ganhar mais seguidores”. Além de que, o advogado insiste em mostrar fotos sensuais da moça tiradas antes do acontecimento do caso. A vítima chora na audiência virtual, clamando por respeito. O que Cláudio Gastão fez foi

menosprezar Mariana para que a atenção ao criminoso fique em segundo plano, colocando atenção em ênfase na vítima

Com as imagens da audiência, fica claro a violação da dignidade da pessoa humana e a inércia de atitude do juiz ao ver a vítima ser humilhada. Conforme dito em capítulos anteriores, o direito à liberdade de expressão, que aqui utilizaremos o do juiz, não pode se sobrepor ou infringir a dignidade da pessoa humana, caso venha ferir a dignidade da pessoa humana, existe a possibilidade de buscar a justiça para pedir a reparação. Logo, a justiça tem que se valer como meio de reparação nos casos que atentem contra a dignidade da pessoa humana.

Mister ressaltar que em um julgamento de crime de estupro, ferir a dignidade da vítima, desencoraja que as próximas vítimas procurem pelo Poder Judiciário como forma de resguardar seus direitos. Além de estimular comportamentos machistas e violentos contra quem precisa de atenção e suporte.

Nas mídias sociais tamanha foi a revolta com relação a absolvição, que a hashtag “estupro culposo não existe”, somadas as inúmeras cenas de humilhação no julgamento, foram amplamente divulgadas, bem como, houve a divulgação de todos os envolvidos no julgamento, sendo juiz, advogado, promotor e partes. No STF o caso também teve repercussão quando Gilmar Mendes, afirma que Mari foi vítima de tortura e humilhação.

3.1- Influência da liberdade de expressão por meio das redes sociais no caso Mariana

Com o advento da internet e sua torrencial difusão na sociedade globalizada, as chamadas “redes sociais” assumiram um papel de destaque na instrumentalização da liberdade de expressão, uma vez que permitem que usuários do mundo inteiro forneçam seus posicionamentos e interajam entre si, de modo quase que instantâneo.

Essa revolução tecnológica criou um novo espaço para o exercício das liberdades individuais, o qual conta com maior alcance e rapidez, influenciando a estrutura social, cultural, individual, política e até mesmo jurídica da estrutura atual.

Do ponto de vista do direito, a liberdade de expressão na internet pode resultar em consequências tanto positivas quanto negativas. A crescente “espetacularização da justiça”, a influência midiática tendenciosa via notícias falsas (“fake news”) e a pressão social online que afeta a imparcialidade dos magistrados são alguns dos

diversos exemplos das influências virtuais que afetam negativamente o sistema vigente.

Não obstante, constata-se que a atuação da sociedade civil nas redes sociais pode culminar, positivamente, na fiscalização do cumprimento das leis pelo poder público. É o que aconteceu no já citado caso “Mariana Ferrer”, no qual a internet possibilitou um movimento de indignação e questionamento das teses jurídicas acatadas pelo Poder Judiciário.

Todo o movimento e as críticas tidas nas redes sociais, em prol da modelo Mariana Ferrer, culminou na apuração, por parte do CNJ-Conselho Nacional de Justiça, da conduta do juiz Rudson Marcos na audiência. Nela podemos analisar que Mariana foi amplamente criticada pelo advogado do empresário André e, mesmo com as críticas pesadas, não houve qualquer manifestação por parte do juiz. Mariana clamou por respeito na audiência, além de cair no choro, mas nada foi feito pelo juiz para respaldar e garantir a dignidade de Mariana na audiência.

Assim, podemos analisar que, por meio das inúmeras postagens e comentários midiáticos sobre o caso, o que foi possível verificarmos é que com o avanço da tecnologia muitas das decisões são comentadas e debatidas nos meios virtuais acarretando alguma consequência para aqueles que apuram, investigam, julgam ou estão em julgamento.

No caso específico de Mariana Ferrer, embora o que tenha sido repercutido com mais veemência na mídia e nas redes sociais seja a frase “estupro culposo não existe”, fazendo crítica frente a absolvição e a sentença do juiz, o que na realidade foi ponto sensível e destaque no meio jurídico foi a conduta do juiz no caso, que nada fez para preservar a integridade de Mariana durante o julgamento. Assim, podemos notar que ponto as redes sociais também são instrumentos de busca pela justiça e dignidade.

Mister é notar que na hipótese de este caso não ter sido amplamente criticado nas redes sociais, bem possivelmente não haveria tanta atenção a conduta do juiz no caso, logo, possivelmente não teria sido aberto procedimento no CNJ- Conselho Nacional de Justiça para apuração de sua conduta, o que seria com certeza uma perda de eficiência do Poder Judiciário, pois condutas como estas devem ser apuradas. E aqui podemos também entrar no mérito de que caso este tipo de conduta não seja amplamente analisada e investigada, cada vez mais as pessoas perderam a confiança no Poder Judiciário.

Imagine como as próximas vítimas, ou supostas vítimas, de um caso como estupro, por exemplo, se sentiram ao imaginar que poderão passar por uma humilhação em audiência, sem menor respaldo e amparo do Poder Judiciário.

No caso de Mariana Ferrer, além da instauração para apuração de conduta no CNJ- Conselho Nacional de Justiça, a corregedoria nacional de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), já se pronunciou instaurando expediente para apuração da conduta do juiz Rudson Marcos.

Com isso foi aberta a reclamação disciplinar nº 0009128-73.2020.2.00.0000, em que a Corregedoria Nacional de Justiça requisitou informações sobre a existência de eventual apuração sobre o mesmo fato junto à Corregedoria-Geral do TJSC.

Outro detalhe que se pode analisar é que com base no amplo poder de crítica sobre o caso, a verificação sobre a conduta do magistrado em Santa Catarina também é acompanhada pela Comissão Permanente de Políticas de Prevenção às Vítimas de Violências, Testemunhas e de Vulneráveis do CNJ, composta pelas conselheiras Maria Cristiana Ziouva e Ivana Farina e pelo conselheiro Marcos Vinícius Jardim. O conselheiro Henrique Ávila também se manifestou pela imediata apuração dos fatos.⁸⁶

Aqui observamos e damos o devido destaque ao poder de crítica no ambiente virtual que, muito embora neste caso tenha sido voltado a análise da questão da absolvição por meio da frase “estupro culposos não existem”, foi de suma importância para que as comissões de apuração de conduta “olhassem com outros olhos” para este caso e pudessem abrir reclamação contra conduta omissiva do juiz na audiência.

Capítulo 4. Conclusão.

A Liberdade de expressão não tem seu exercício puro inofensivo, muitas são as vezes que as palavras e as ideias ferem e isto faz parte do jogo. Exemplos disso temos a imprensa quando publica alguma crítica totalmente desfavorável a uma obra literária, é muito provável que este ato cause grande tristeza ao seu autor – há casos até de suicídio –, e lhe traga também prejuízos materiais, pela diminuição das vendas do livro. Quando ela condena como antiéticos os atos de algum político, ela certamente abala a sua reputação e pode definir o seu fracasso numa eleição. Vale ressaltar que isso não justifica a proibição destes atos expressivos nem a penalização de quem os escreveu ou veiculou. Na verdade, a formação de um debate livre, robusto e aberto de ideias na sociedade é um dos objetivos fundamentais da

⁸⁶ <https://www.cnj.jus.br/cnj-abre-procedimento-sobre-conduta-de-juiz-em-caso-de-mariana-ferrer/>

liberdade de expressão, e neste debate alguns fatalmente saem arranhados. Este é um preço que vale a pena pagar para viver-se numa democracia.

Mas ponto importante a se observar é que o direito à liberdade de expressão não pode se sobrepor ou infringir a dignidade da pessoa humana, caso venha ferir a dignidade da pessoa humana, existe a possibilidade de buscar a justiça para pedir a reparação. Logo, a justiça tem que se valer como meio de reparação nos casos que atentem contra a dignidade da pessoa humana.

Com a torrencial difusão do uso da internet na sociedade globalizada, as chamadas “redes sociais” assumiram um papel de destaque na instrumentalização da liberdade de expressão, uma vez que permitem que usuários do mundo inteiro forneçam seus posicionamentos e interajam entre si, de modo quase que instantâneo. Essa revolução tecnológica criou um novo espaço para o exercício das liberdades individuais, o qual conta com maior alcance e rapidez, influenciando a estrutura social, cultural, individual, política e até mesmo jurídica da estrutura atual.

Porém, quando entramos no quesito lei do Marco Civil da Internet, a escolha do legislador quanto à responsabilização resulta numa proteção a liberdade de expressão, evitando casos de censura prévia pelas empresas provedoras, e incumbido as partes lesadas a provocaram o poder judiciário diante de supostos atos ilícitos cometidos no ambiente virtual.

Quando adentramos especificamente no caso de Mariana Ferrer, suposto crime de estupro, que ocorreu em uma festa no final do ano de 2018, na cidade de Florianópolis e que no julgamento o empresário foi inocentado, pois, segundo os argumentos, o empresário “não tinha a intenção de estuprar”, tese esta que não encontra nenhum precedente na justiça brasileira. A tese inicial do Ministério Público é de estaríamos a diante de um crime de estupro de vulnerável, pois segundo os relatos, Mariana era virgem e havia sido drogada na festa, mas que posteriormente, segundo o promotor responsável pelo caso, não havia como o empresário saber durante o ato sexual, que a jovem não estava em condições de consentir a relação, não existindo por tanto, intenção de estuprar, alegando assim “erro de tipo”, logo, André foi absolvido. Analisamos a importância da influência das mídias sociais para o que culminou na apuração de conduta no CNJ- Conselho Nacional de justiça e da corregedoria nacional de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), para apuração da conduta do juiz Rudson Marcos. Com isso foi aberta a reclamação disciplinar nº 0009128-73.2020.2.00.0000, em que a Corregedoria Nacional de Justiça requisitou informações sobre a existência de eventual apuração sobre o mesmo fato junto à Corregedoria-Geral do TJSC. Outro detalhe importante é que com base no

amplo poder de crítica sobre o caso, a verificação sobre a conduta do magistrado em Santa Catarina também é acompanhada pela Comissão Permanente de Políticas de Prevenção às Vítimas de Violências, Testemunhas e de Vulneráveis do CNJ, composta pelas conselheiras Maria Cristiana Ziouva e Ivana Farina e pelo conselheiro Marcos Vinícius Jardim. O conselheiro Henrique Ávila também se manifestou pela imediata apuração dos fatos.

Embora o que tenha sido repercutido com máxima veemência na mídia seja a questão da absolvição do empresário, o poder de crítica fez com que as comissões que apuram condutas dos juízes olhem para o caso e prestem atenção na conduta do magistrado no caso. O que é de suma importância, já que estamos diante de um caso de atentado a dignidade sexual, que merece máxima atenção e cautela. Logo, mesmo que crítica seja contra outro ponto específico do caso, ela conseguiu adentrar no ponto mais sensível do caso, tudo pela difusão do poder e uso da internet.

Bibliografia Consultada.

<https://www.cnj.jus.br/cnj-abre-procedimento-sobre-conduta-de-juiz-em-caso-de-mariana-ferrer/>

ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet: Lei nº 12.965/2014*. São Paulo: Edição do autor, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*, Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet: Lei nº 12.965/2014*. São Paulo: Edição do autor, 2016.

PENSÃO POR MORTE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL, DE ACORDO COM A EC Nº 103/19

MICHEL MARTINS DE MORAIS: Consultor Jurídico Substituto do TCDF, órgão em que é titular do cargo efetivo de Auditor de Controle Externo. Advogado. Instrutor da Escola de Contas Públicas do TCDF e de outras instituições. Ex-Professor do UniProjeção. Aluno regular do Doutorado em Direito da Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Finanças pela London Business School (LBS). Especialista em Direito Administrativo Aplicado pela Fortium. Aperfeiçoado em Controle Externo pela Atricon. Treinado em Liderança, Gestão Pública, Transparência e Controle da Corrupção pela École Nationale d'Administration (ENA). Bacharel em Direito pela UnB. Engenheiro Eletricista pela UFPE.

RESUMO: Neste artigo, buscamos analisar os múltiplos aspectos da pensão por morte no Regime Próprio de Previdência Social da União, à luz da Emenda Constituição nº 103/19, como os beneficiários, a questão da dependência econômica, o valor e rateio, o termo inicial e o termo final, enfrentando os pontos polêmicos que envolvem a concessão do benefício.

Palavras-chaves: previdência social, benefícios, pensão por morte, servidor público federal, beneficiários, dependência econômica, valor, rateio, termo inicial, termo final.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Beneficiários. 3. Valor e rateio. 4. Termo inicial. 5. Termo final. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pensão por morte é, ao lado da aposentadoria, um dos benefícios previdenciários de primeira grandeza, traduzindo-se numa renda mensal paga aos dependentes de segurado falecido.

O art. 23 da EC nº 103/19 disciplina a pensão por morte no RPPS da União. Exsurgem, do texto constitucional, movimentos inequívocos de aproximação entre o RPPS da União e o RGPS. Um deles é o § 4º do art. 23 da EC nº 103/19, vazado nestes termos: "O tempo de duração da pensão por morte e das cotas individuais por dependente até a perda dessa qualidade, o rol de dependentes e sua qualificação e

as condições necessárias para enquadramento serão aqueles estabelecidos na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.”

Prestigiou-se, assim, a Lei nº 8.213/91, que, repise-se, diz respeito aos benefícios do RGPS, em detrimento da Lei nº 8.112/90, que versa sobre o regime jurídico-administrativo (funcional) e jurídico-previdenciário dos “servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”.

Da leitura atenta dos diplomas em comento, verifica-se que quase todas as normas previdenciárias contidas na Lei nº 8.112/90 já foram afastadas, seja pela EC nº 103/19 ou não.

2 BENEFICIÁRIOS

A Lei nº 8.213/91 divide os dependentes do segurado em três classes, a seguir descritas:

1ª) cônjuge; companheiro; ex-cônjuge recebedor de pensão de alimentos; ex-companheiro recebedor de pensão de alimentos; filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave; enteado não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave; e menor tutelado;

2ª) pais; e

3ª) irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave.

A existência de dependente de qualquer dessas classes exclui do direito às prestações os das classes seguintes.[1]

A dependência assume papel de destaque na determinação de quem faz jus ao benefício. Entre os múltiplos aspectos da dependência, sobressai o econômico. A Lei nº 8.213/91 presume expressamente a dependência econômica de algumas pessoas, exigindo de outras a comprovação de tal dependência (art. 16, § 4º):

- A dependência econômica é presumida para: cônjuge; companheiro; ex-cônjuge recebedor de pensão de alimentos; ex-companheiro recebedor de pensão de alimentos; e filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave.

- A dependência econômica deve ser comprovada por: enteado não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave; menor tutelado; pais; e irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave.

É a presunção de dependência econômica absoluta ou relativa? A lei, ao estabelecer presunção em favor de alguns dependentes, desobriga-os de comprovar dependência econômica. Isso significa tão somente que eles não têm de suportar o ônus da prova; não significa, em absoluto, que descaiba prova em contrário. Nessa linha, tanto a Administração quanto outros interessados podem apresentar prova em contrário, afastando a presunção estabelecida em lei.

Não há, todavia, nem na doutrina, nem na jurisprudência, consenso quanto ao assunto. A propósito, as correntes de pensamento são as seguintes: 1ª) a presunção é sempre *juris et de jure*; 2ª) a presunção é sempre *juris tantum*; e 3ª) a presunção só é *juris et de jure* se se tratar de cônjuge ou companheiro.

Prevalece a terceira corrente de pensamento, capitaneada pelo STJ (REsp 203.722/PE, REsp 461.150/RS, Resp 303.346/RS). Extrai-se do voto condutor da decisão proferida no REsp 203.722/PE[2], da lavra do Ministro Edson Vidigal:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, V, reza que “os planos de Previdência Social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º do art. 202.”

Se é certo que o cônjuge ou companheiro são também dependentes do segurado falecido, para fins de concessão de benefício previdenciário, qual a razão de o Constituinte ter-lhes mencionado separadamente dos dependentes em geral? Por certo que pretendeu conferir-lhes a presunção absoluta de dependência, o que já é suficiente para a concessão da pensão por morte.

.....

O direito à percepção da pensão, constitucionalmente garantido, somente pode ser restringido em não havendo cônjuge ou companheiro, que gozam de presunção absoluta de dependência, ou ainda quaisquer dependentes que provem tal condição.

À luz da Lei nº 8.213/91, do REsp 203.722/PE, do REsp 461.150/RS e do Resp 303.346/RS, a questão da dependência econômica na pensão por morte se resolve com a aplicação destes critérios:

- Presunção absoluta de dependência econômica: cônjuge; companheiro; ex-cônjuge recebedor de pensão de alimentos; e ex-companheiro recebedor de pensão de alimentos.
- Presunção relativa de dependência econômica: filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave.
- Necessidade de comprovação da dependência econômica: enteado não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave; menor tutelado; pais; e irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou portador de deficiência intelectual ou mental ou grave.

Havendo, por exemplo, nos autos de processo de pensão instituída por segurado do RPPS da União, prova de que o filho maior de 21 anos inválido não dependia do segurado, a presunção (relativa) de dependência econômica que milita em favor do interessado será afastada e o benefício não lhe será devido. No mesmo sentido é este julgado do TCU:

Acórdão 2352/2020 Primeira Câmara (Pensão Civil, Relator Ministro Bruno Dantas)

Pensão civil. Dependência econômica. Filho. Maioridade. Invalidez.

É ilegal a concessão de pensão a filho maior inválido quando houver prova da ausência de dependência econômica em relação ao servidor falecido que instituiu o benefício.

Algumas considerações adicionais se fazem necessárias.

Em primeiro lugar, considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o servidor ou servidora.[3]

Consoante a Portaria MPS nº 513/10, o companheiro ou a companheira do mesmo sexo também integra o rol dos dependentes e, desde que comprovada a união estável, concorre em igualdade de condições com os demais dependentes preferenciais.

Para fins previdenciários, ex-cônjuge recebedor de pensão de alimentos é o cônjuge separado de fato, separado judicialmente ou divorciado com percepção de pensão alimentícia, judicial ou não.[4]

Aliás, o cônjuge separado de fato, separado judicialmente ou divorciado só fará jus à pensão por morte se receber pensão alimentícia, judicial ou não.[5]

Havendo, por outro lado, cônjuge não separado (de fato ou judicialmente) nem divorciado, afastado será o direito do companheiro.[6]

Quanto ao reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes, frise-se que o STF, no RE 1.045.273/SE, aprovou a seguinte tese de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".[7]

A concessão de pensão por morte ao menor sob guarda nos regimes próprios de previdência social, inclusive no RPPS da União, sempre foi objeto de acalorados debates tanto no campo da doutrina quanto no da jurisprudência. O § 6º do art. 23 da EC nº 103/19, no entanto, pôs fim à discussão: "Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, *exclusivamente* o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica" (grifamos). Diante desse quadro, o menor sob guarda não é beneficiário de pensão por morte no RPPS da União ao menos desde a EC nº 103/19. Segundo o TCU, ele foi excluído do rol de beneficiários de pensão por morte pela Medida Provisória nº 664, de 30/12/14 (Acórdão nº 2.377/2015-Plenário).

Por fim, ressalte-se que a condição de beneficiário deve ser aferida tendo como referência a data de falecimento do instituidor, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*. Suponhamos que um segurado do RPPS da União, ao falecer, deixe um filho maior de 21 anos não inválido, nem portador de deficiência intelectual ou mental ou grave. O filho, caso venha a se invalidar, não fará jus ao benefício, porque não era dependente do segurado à época do óbito, o que atrai a incidência do princípio, a ser aplicado, na hipótese, em desfavor do interessado.

3 VALOR E RATEIO

O cálculo do valor da pensão deve ser efetuado de acordo com os parâmetros constitucionais aqui relacionados:

- Pensão por morte = uma cota familiar de 50% + cotas de 10% por dependente (máximo = 100%).
- Base de cálculo: valor da aposentadoria recebida pelo servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito.
- As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5.
- Na hipótese de existir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão por morte será equivalente a:
 - a) 100% da aposentadoria recebida pelo servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do RGPS (R\$ 6.433,57); e
 - b) uma cota familiar de 50% + cotas de 10% por dependente (máximo = 100%), para o valor que supere o limite máximo de benefícios do RGPS (R\$ 6.433,57).
- Quando não houver mais dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da pensão por morte será recalculado.
- A pensão por morte devida aos dependentes do policial, agente penitenciário ou agente socioeducativo decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função será vitalícia para o cônjuge ou companheiro e equivalente à remuneração do cargo.

A base de cálculo da pensão, em se tratando de servidor falecido em atividade, é o valor dos proventos a que ele teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito. Estabelecida essa premissa, segue-se a inevitável pergunta: Qual a base de cálculo da pensão na hipótese de falecimento em decorrência de acidente de trabalho? 60% da média de todas as remunerações/salários de contribuição desde julho de 1994 + 2% para cada ano de contribuição que exceder 20 ou 100% da média de todas as remunerações/salários de contribuição desde julho de 1994?

Se o caso fosse de incapacidade permanente e não morte, o servidor faria jus, a título de proventos, a 100% da média de todas as remunerações/salários de contribuição desde julho de 1994. Logo, essa será a base de cálculo da pensão.

Imaginemos que o acidente de trabalho cause, num primeiro momento, a perda permanente da capacidade laborativa. Nessa hipótese, o servidor será aposentado por incapacidade permanente (com 100% da média de todas as

remunerações/salários de contribuição desde julho de 1994). Se o agravamento das sequelas do acidente vier a redundar na morte do servidor, a pensão por ele instituída será calculada com base em 100% da média de todas as remunerações/salários de contribuição desde julho de 1994. Por que não seria assim se o acidente provocasse a morte imediata do servidor? *Ubi eadem ratio ibi idem jus*. Por ficção jurídica, reputamos implícita, como evento que antecede a morte decorrente de acidente de trabalho, a incapacidade permanente. Dito de outro modo, presume-se a transição pelo estado de incapacidade permanente na morte decorrente de acidente de trabalho.

O ponto de vista ora defendido está em perfeita harmonia com o tratamento privilegiado conferido aos dependentes do policial, agente penitenciário ou agente socioeducativo falecido em decorrência de agressão sofrida no exercício ou em razão da função (EC nº 103/19, art. 10, § 6º).

Em tempo: A tese encerrada nos quatro últimos parágrafos, apresentada pela primeira vez na primeira edição da obra "Reforma da previdência: o RPPS da União à luz da EC nº 103/19", de nossa autoria, veio a ser abraçada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia na Nota Informativa SEI/ME nº 33.521/20: "Esse cálculo diferenciado [com base em 100% da média de todas as remunerações/salários de contribuição desde julho de 1994] também deverá ser estendido à pensão por morte em atividade decorrente das mesmas causas [acidente de trabalho, doença profissional ou doença do trabalho]."

Debrucemo-nos agora sobre a situação de quem faleceu em atividade, com direito adquirido à aposentadoria voluntária pela regra de transição do art. 6º da EC nº 41/03 ou pela do art. 3º da EC nº 47/05.

EC nº 41/03, art. 6º:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no §

5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – sessenta anos de idade, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade, se mulher;

II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

EC nº 47/05, art. 3º:

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

Nessa hipótese, a base de cálculo da pensão instituída pelo servidor será, em princípio, a remuneração no cargo efetivo em que se daria a aposentadoria. Extrai-se da Nota Informativa SEI/ME nº 33.521/20:

26. Cabe observar ainda que, se o servidor tiver cumprido todos os requisitos para aposentadoria voluntária e falecer em atividade, é coerente que o cálculo da pensão tenha por base o provento a que faria jus o servidor, em respeito ao princípio do direito adquirido. Ou seja, é assegurada a pensão por morte aos dependentes, calculada com base na aposentadoria que seria devida se o servidor estivesse aposentado voluntariamente à data do óbito, desde que tenham sido implementados todos os requisitos para a concessão dessa aposentadoria antes do falecimento.

27. A garantia do direito adquirido exige que os dependentes do servidor que se manteve em atividade tenham o mesmo tratamento em relação ao que se aposentou.

O valor da pensão, havendo mais de um pensionista, é dividido entre todos, em parte iguais.[8]

Nos termos do § 7º do art. 40 da CF, com redação dada pela EC nº 103/19, o valor da pensão não poderá ser inferior ao salário mínimo "quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente". *A contrario sensu*, ele poderá ser inferior ao salário mínimo se o benefício em questão não for a única fonte de renda do dependente.

A Nota Informativa SEI/ME nº 33.521/20 corrobora o por nós defendido no parágrafo precedente.

A dicção do legislador constituinte derivado conduz, ainda, ao entendimento de que basta um dependente sem renda para justificar a complementação até o salário mínimo. A divisão do valor da pensão, alçado até o salário mínimo, segue a regra geral (montante dividido em partes iguais). *De lege ferenda*, a parcela relativa à complementação do salário mínimo poderia aproveitar, exclusivamente, ao dependente sem renda.

4 TERMO INICIAL

A pensão é devida ao conjunto dos dependentes do servidor que faleça, aposentado ou não, a contar da data:

I – do óbito, quando requerida em até 180 dias após o óbito, para os filhos menores de 16 anos de idade, ou em até 90 dias após o óbito, para os demais dependentes;

II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso I; ou

III – da decisão judicial, na hipótese de morte presumida.[9]

A concessão da pensão não é protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente somente produz efeito a contar da data da habilitação.[10]

5 TERMO FINAL

O direito à percepção da cota individual cessa:

I – pela morte do pensionista;

II – para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, ao completar 21 anos de idade, salvo se inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave;

III – para o filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez;

IV – para o filho ou irmão com deficiência intelectual, mental ou grave, pelo afastamento da deficiência;

V – para o cônjuge ou companheiro:

a) se inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas *b* e *c*;

b) em 4 meses, quando o óbito ocorre sem que o servidor tenha vertido 18 contribuições mensais ou mais ou o casamento ou união estável foi iniciado menos de 2 anos antes do óbito do servidor;

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do servidor, quando o óbito ocorre depois de vertidas 18 contribuições mensais ou mais e ao menos 2 anos após o início do casamento ou união estável:

1) 3 anos, menos de 22 anos de idade;

- 2) 6 anos, entre 22 e 27 anos de idade;
- 3) 10 anos, entre 28 e 30 anos de idade;
- 4) 15 anos, entre 31 e 41 anos de idade;
- 5) 20 anos, entre 42 e 44 anos de idade; e
- 6) vitalícia, 45 anos de idade ou mais.[11]

Não se aplica a alínea *b* do inciso V quando o óbito do segurado decorre de acidente de qualquer natureza ou doença profissional ou doença do trabalho.[12]

Se o segurado falecido estava, na data de seu falecimento, obrigado, por determinação judicial, a pagar alimentos temporários a ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-companheira, a pensão é devida pelo prazo remanescente na data do óbito, caso não incida outra hipótese de cancelamento anterior do benefício.[13] A restrição temporal em questão, se aplicável às pensões alimentícias resultantes de decisão judicial, *a fortiori* o será às pensões alimentícias decorrentes de acordo judicial ou extrajudicial, salvo melhor juízo.

A cota do filho, do enteado, do menor tutelado ou do irmão dependente que se torne inválido ou pessoa com deficiência intelectual, mental ou grave, antes de completar 21 anos de idade, não é extinta caso confirmada a invalidez ou a deficiência.[14]

A pensão extingue-se com a cessação do direito do último pensionista à percepção do benefício.[15]

6 REFERÊNCIAS

ALVARES, Maria Lúcia Miranda. *Regime próprio de previdência social*. São Paulo: NDJ, 2007.

BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Previdência social: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios*. São Paulo: Atlas, 2007.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Manual dos servidores públicos: administrativo e previdenciário*. 1. ed. São Paulo: LuJur, 2020.

_____. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LAZZARI, João Batista [et al.]. *Comentários à reforma da previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Nova previdência complementar do servidor público*. São Paulo: Método, 2012.

MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MARTINS, Bruno Sá Freire. *Direito constitucional previdenciário do servidor público*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS, Michel Martins de. Presunção de dependência econômica na pensão por morte: uma análise da jurisprudência. *Revista Projeção, Direito e Sociedade*, 2012.

NÓBREGA, Marcos. *Previdência dos servidores públicos: atualizada pela Emenda Constitucional n. 47 (PEC paralela de previdência)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). *Reforma da previdência: pontos polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Notas

[1] Lei nº 8.213/91, art. 16, § 1º.

[2] *Leading case*.

[3] Lei nº 8.213/91, art. 16, § 3º.

[4] Instrução Normativa PRES/INSS nº 77/15, art. 371, § 2º.

[5] Instrução Normativa PRES/INSS nº 77/15, arts. 371, 372, II.

[6] Instrução Normativa PRES/INSS nº 77/15, art. 372, § 1º.

[7] Tema 529 – Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte.

[8] Lei nº 8.213/91, art. 77, caput.

[9] Lei nº 8.213/91, art. 74, caput, I, II e III.

[10] Lei nº 8.213/91, art. 76, caput.

[11] Lei nº 8.213/91, art. 77, §§ 2º, I, II, III, IV e V, e § 2º-B, c/c Portaria ME nº 424/20.

[12] Lei nº 8.213/91, art. 77, § 2º-A.

[13] Lei nº 8.213/91, art. 76, § 3º.

[14] Decreto nº 3.048/99, art. 115.

[15] Lei nº 8.213/91, art. 77, § 3º.

O TELETRABALHO: UMA ABORDAGEM JURÍDICA

ÂNGELA CRISTINA FLORENTINO DA SILVA:

Advogada; bacharela em direito pela Faculdade Maurício de Nassau, Natal-RN; pós-graduada em direito e processo do trabalho pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte em parceria com a Associação dos Magistrados do Trabalho da 21ª Região; pós graduada em direito previdenciário pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro-UCAM RJ, pós-graduanda em direito tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte- UFRN (Interrompido) e pós graduanda em direito administrativo e licitações pela Faculdade Única em parceria com a Prominas.

RESUMO: Este artigo aborda os efeitos jurídicos decorrentes da subordinação do trabalho exercido por meios telemáticos e informatizados. Este fenômeno é decorrência das inovações tecnológicas e da expansão econômica mundial, que provocaram a descentralização do trabalho, a propagação e modernização do trabalho a distância, que deixou de ser apenas o trabalho em domicílio tradicional, a vigilância do serviço sem a presença física do superior hierárquico, a flexibilização das jornadas, a preponderância da atividade intelectual sobre a manual. O trabalho a distância é o gênero que compreende várias espécies, uma delas o teletrabalho. Outras modalidades de trabalho a distância podem ser mencionadas, como o trabalho em domicílio tradicional e aquele desenvolvido fora do centro de produção mediante o uso de instrumentos também tradicionais como o telefone. Com o advento da Lei 12.551/2011 houve uma alteração na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), artigo 6º, no qual eliminou a diferenciação do trabalho presencial e o realizado a distância, quando preenche os pressupostos da relação de trabalho, trazendo assim maior segurança jurídica quanto à proteção dos direitos trabalhistas destes.

Palavra Chave: Horas flexíveis. Equiparação. Proteção jurídica.

ABSTRACT: This monograph addresses with the legal effects of subordination exercised by telematic and computerized means. This phenomenon it's due a technological innovations and the worldwide economic expansion, which led to decentralization of labor, the propagation and modernization of work the distance, that is no longer just work on traditional domicile, the monitoring service without the physical presence of the hierarchical superior, the easing of the journey, preponderance of intellectual activity on manual activity. The distance working is the

genus comprising several species, one of them telework. Other modalities of teleworking may be mentioned, such as working in traditional household and that developed of out the production center by the use of traditional instruments too, as well as the phone. With the enactment of Law 12.551/2011 there was a change in the consolidation of labor laws, Article 6, which eliminated the differentiation of the presencial work and the distance, when fulfills the assumptions of the employment relationship, thus bringing greater legal certainty as protection of labor rights of these.

Keywords: flexible hours. Assimilation. Legal protection

SUMÁRIO: Introdução; 1 Avanço tecnológico e impactos na sociedade; 1.1 Proteção ao Meio Ambiente do Trabalho ;1.1.1 Acidente de Trabalho e Doença Profissional; 2 Definição e modalidades do teletrabalho; 2.1 Trabalho Autônomo; 2.2 Centro Satélite ;2.3 Centro Local (Telecenter); 2.4 Trabalho em Casa (Home Office); 2.5 Escritório Virtual; 2.6 Teletrabalho; 2.7 Trabalho Flexível (Flexible Working);3 Benefícios e malefícios desse tipo de trabalho; 3.1 Benefícios para o Trabalhador; 3.2 Benefícios para o Empregador; 3.3 Benefícios para a Sociedade; 3.4 Malefícios para o Trabalhador;3.5 Malefícios para o Empregador;4 Efeitos jurídicos do teletrabalho no Brasil; Considerações finais; Referências bibliográfica; Anexos: anexo 1 – Convenção 177 de 1996 da OIT e anexo 2 – Recomendação 184 de 1996 da OIT.

INTRODUÇÃO

É normal os trabalhadores, na sua grande maioria, organizarem-se e desenvolverem suas atividades nos centros urbanos, principalmente e preferencialmente, em localidades que ficam perto de suas residências, para facilitar e baratear o percurso casa trabalho e vice versa, não excluindo-se as exceções daqueles que não tem esta opção.

Partindo-se desse ponto de vista geral, com o surgimento na Sociedade do desenvolvimento, do conhecimento e da informação, surgiu também à necessidade de modificações na forma de vida e de trabalho do modelo convencional, o que se fez repensar sobre idéias de tempo e espaço otimizado.

O Teletrabalho possui modalidades que podem ser baseada: na estrutura domiciliar, no escritório virtual, no escritório via satélite, num centro de trabalho que pode ser compartilhado ou não. Todas essas modalidades que podem ser definidas pela própria organização dependendo da sua necessidade estrutural.

Esta não é uma modalidade, em tese, que veio para ser imposta em substituição ao modelo convencional de modo de trabalho, nem é utilizado por todos, pois requer investimentos em tecnologia, no qual deve ser determinado pelo agente empregador definindo local, tempo e meio para o exercício.

É um modelo que surgiu como meio capaz de produzir tantos empregos e alcançar trabalhadores excluídos do mercado de trabalho. Sendo uma ferramenta de inclusão social, já que pode ser exercido por todos os tipos de trabalhadores em qualquer lugar que se localizem. É uma forma de trabalho flexível, pode ser realizado a distância, ou seja, fora do local sede do trabalho, utiliza a tecnologia da informação e da comunicação, como, computadores, telefones e outros equipamentos cedidos pelo empregador para que o teletrabalhador desenvolva suas atividades de forma remota, permitindo que trabalhem em qualquer lugar, através do recebimento e transmissão de informações, arquivos relacionados à atividade laboral.

O avanço da tecnologia, no caso da internet, é o meio usado pelas pessoas e profissionais para trocarem informações uns com os outros mesmo estando em lugares diversos. Essa tecnologia traz à modalidade do trabalho a distância, na qual o profissional não necessita estar de forma física na empresa para desenvolver suas atividades.

Então, a tecnologia está diretamente ligada com a flexibilização às tecnologias ligadas a telecomunicação estão alcançando mais e mais lugares diminuindo as distâncias e modificando contextos.

O seguinte trabalho monográfico, objetiva fazer uma breve reflexão a cerca do Teletrabalho, sua construção histórica, dificuldades na implementação e reflexos sociais gerados por essa nova modalidade de trabalho, tenta nos permitir conhecer um pouco mais sobre esse meio de exercer as atividades laborais em especial a visão do desta variante de executar as atividades, sobre a perspectiva do trabalhador, suas implicações no cotidiano laboral além de suas conseqüências sociais e jurídicas.

O capítulo I, avanço tecnológico e os impactos na sociedade abordam uma breve evolução histórica do trabalho, referenciando, em especial, ao avanço tecnológico, surgido pós Revolução Industrial, a modificação do modo de execução do trabalho. A utilização da telemática que resultou na modalidade do teletrabalho, o que transformou o meio ambiente do trabalho, trazendo uma preocupação com a proteção da saúde desse obreiro, quanto à desconexão do trabalho; ao desencadeamento de doenças profissionais e acidentes de trabalho.

O capítulo II, definição e modalidades do trabalho a distância, salienta as especificações e os gêneros dos vínculos de trabalho na legislatura do Brasil, de modo a traçar a dissemelhança entre as modalidades da atividade laboral, tal como trabalho em casa, entre outras.

No capítulo III, benefícios e malefícios desse tipo de trabalho, tenta apresentar as dificuldades de implementação dessas variantes no sistema brasileiro, demonstrando os pros e contras da utilização do trabalho remoto para o trabalhador, empregador e sociedade. Aborda também questões tais como a inclusão de pessoas que tenham algum tipo de deficiência e as questões ligadas a saúde e segurança do trabalho.

No capítulo IV, efeitos jurídicos se detém no debate acerca das conseqüências da utilização em massa da estrutura do trabalho remoto, suas implicações no modelo de vida social-laboral que conhecemos atualmente, após a alteração do artigo 6º da CLT pela Lei 12.551 de 2011.

Com a renovação dos vínculos da atividade derivado, e sucessivo do avanço das ciências tecnológicas (terceira onda), surgiu atual modalidade de trabalho emergido no mundo jurídico, o trabalho remoto.

Portanto, a evolução tecnológica tem permitido que a relação entre subordinado e chefe ocorra distanciada, não implicando que tal relação não seja controlada, as novidades no ambiente de informação permitem que a inspeção seja realizada, inclusive de forma mais eficiente, o que não pode ser ignorado pelo do Direito Trabalhista.

Razão pela qual o trabalho realizado fora do estabelecimento ortodoxo é hoje uma realidade no meio no desenvolvimento do labor. É certo que a lei deve acompanhar essas mudanças, inserir-se prática das relações de trabalho, desse entendimento podemos perceber o advento da Lei n. 12.551/2011 e a atualização da Súmula n. 428 do TST.

Não são apenas as mudanças nas relações humanas que estimulam a criação de leis, como sabemos os princípios também são fontes do direito e estes estão diretamente relacionados ao direito do trabalho, sendo essenciais para fundamentação das decisões judiciais.

Os princípios são ferramentas imprescindíveis nas relações jurídicas, neste trabalho. Vamos analisar os casos práticos, levados ao judiciário, que se utiliza de

princípios norteadores do direito laboral que almejam aplicar uma interpretação mais justa aos casos judicializados.

A Carta Constitucional Brasileira salvaguarda ao labutador, em seu art. 7º, inciso XXI, a garantia ao meio ambiente de trabalho mais equilibrado, conseqüentemente mais saudável. Porém, não há no Brasil um estudo aprofundado sobre o tema o que impede o trabalhador de reconhecer-se como tal e ver efetivado seus direitos mínimos como a proteção a saúde e a segurança.

Conforme o artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas institui que na falta de normas legais ou contratuais as autoridades judiciais trabalhistas poderão decidir conforme a análise do caso em concreto, através das repetições das decisões judicias, conforme os princípios, analogicamente, pelos usos e costumes e em comparação a outras legislações, o que se dar pela análise interpretativa das leis de outros países comparando com o ordenamento interno.

A exegese quanto à resolução das problemáticas trazidas na modalidade do trabalho à distância, mostra-se mais avançada do que as normas relativas à sua regulamentação. A problemática e solução dos conflitos trazidos por essa lacuna da lei mostra-se um verdadeiro desafio ao judiciário, e dar uma sensação de fragilização da relação jurídica, apontado pelos fatores da flexibilização do trabalho e pela insegurança jurídica, advinda das variantes interpretações judiciais.

Como será demonstrado neste trabalho monográfico, o tema em destaque, não é uma nova modalidade, na verdade, já existe há muito tempo em outros países mais avançados do que o Brasil, a exemplo os Estados Unidos da America, que vem utilizando da telemática para fins comerciais há muito tempo. Não queremos com isso fazer uma comparação entre o Brasil e outros países, já que cada um tem sua realidade, fatores que são determinantes para a diferença de cada sociedade.

Essa flexibilização surgida da união da necessidade de abarcar novos mercados, obtenção de lucro, facilitação do desenvolvimento da atividade empresarial, e as facilidades que só puderam ser implementadas após o surgimento do avanço tecnológico das ciências da telecomunicação e informatização, são essenciais para a compreensão deste tema. Sem dúvida, não tem como não concordar que essas facilidades tecnológicas foram responsáveis por um grande salto no desenvolvimento organizacional das corporações.

1 AVANÇO TECNOLÓGICO E OS IMPACTOS NA SOCIEDADE

Na atualidade, a tecnologia vem sendo aplicada ao crescimento e conhecimento em todas as áreas e ramos em que ela possa estar presente, e de fato,

difícilmente nos dias atuais, não há onde ela não esteja. “A introdução da máquina a vapor do Sr. Watt era tão importante para os ingleses que, no ano de 1800, estava em uso em 30 minas de carvão, 22 minas de cobre, 28 fundições, 17 cervejarias e 8 usinas de algodão” (OLIVEIRA apud HUMBERMAN, 2010, p. 49)

É quase impossível vivermos hoje, sem as invenções, de Watt e a máquina a vapor; Alexander Graham Bell e a invenção do telefone e Thomas Edson com o fonógrafo e a lâmpada, entre diversas outras invenções.

Em sua época cada uma dessas inovações ocupou seu lugar na transformação da sociedade, conforme Tim Wu (2012, p. 13) “trata-se de uma progressão comum e inevitável, embora esta tendência mal estivesse sugerida na alvorada de qualquer tecnologia transformadora do século passado”.

Parece, para nós leigos, algo simples e já ultrapassado, pelo avanço de outras técnicas mais atuais, porém, por obvio, apesar da máquina a vapor ter sido ultrapassada, percebemos o seu grau de importância à época em que surgiram, todas essas invenções já ultrapassadas ou não, são responsáveis pelo sistema atual que conhecemos, já que não seria possível evoluir sem que houvesse um início para tudo. Um dia todas as invenções chegarão a ser ultrapassadas por outras e assim por diante, pois a evolução tecnológica ferve dia após dia, num mundo cada vez mais tecnológico e globalizado, que investe cada vez mais em tecnologias diversas.

Hoje, com o conhecimento mais avançados no campo da informatização e telecomunicação, utilizadas por algumas empresas para aplicação e facilitação do desenvolvimento de suas atividades, na busca de mercados globais, analisaremos não a utilização desse avanço das ciências na industrial em si, mas a utilização dessas para o desenvolvimento do trabalho pessoal do teletrabalhador que exerce suas funções de forma não presencial na empresa. “A Revolução Industrial alterou o cenário dos locais de trabalho e gerou novos e graves problemas”. (OLIVEIRA, 2010, p. 48)

Essa forma de exercer suas atividades pode se dar por diversas formas, seja por uso de computadores, internet, vídeo conferência, fax, emails, etc. O importante é que a empresa investe em tecnologia e em equipamentos que oferecem ao empregado um mecanismo para desenvolver seu trabalho sem nenhum problema, mesmo que de forma virtual.

Os avanços nas áreas de telecomunicação e informatização surgiram para ajudar ao desenvolvimento e evolução da sociedade. A chave desse avanço intitulado

como a terceira onda, conforme Toffler “começou a se manifestar nos Estados Unidos entre os anos de 1955 e 1965, começando a se infiltrar lentamente no mundo comercial”. No início em unidades isoladas e empregadas para fins financeiros. Como constatado pelo autor “máquinas com enorme capacidade começaram a entrar nas sedes das companhias e foram desenvolvidas para variadas tarefas”. (TOFFLER, 1980, p. 174)

Para Toffler a terceira onda nada mais é do que o surgimento das tecnologias ligadas ao campo tecnológico e da telecomunicação, empregados a diversos setores, mais com intuito comercial, visando à mecanização e modernização do trabalho, aprimorando e fazendo com que o tempo, o espaço e a produção sejam otimizados, diminuindo gastos e objetivando mais lucros. Não temos como olvidar, que o computador é a invenção que possibilitou o crescimento da indústria.

Sem dúvida, o ser humano, em sua inquietação, traz através de suas invenções, avanços significativos. As inovações tecnológicas são por sua vez as grandes responsáveis pelo surgimento de diversas empresas, mesmo que de setores mais variados, como por exemplo: o industrial, o siderúrgico, o químico, o automobilístico, e o aeronáutico, etc. Estes surgiram como resultado de grandes inventos que depois se transformaram em atividades comerciais e econômicas, exploradas pelo setor privado ou pelo setor público. (FERNANDES, 1998, p. 29)

A associação da computação com sistemas de dados com a telecomunicação (junção conhecida como telemática) empregada no meio comercial alterou os paradigmas dos moldes de trabalho conhecidos anteriormente no início da industrialização. Favoreceram a destinação de trabalhos mais humanizados e intelectualizados, aprimoramento de tempo e espaço, ou seja, é o uso da tecnologia de forma mais consciente em prol da sociedade, empresários e meio ambiente.

Desta forma, inicialmente se faz necessário definir e situar o homem pós-moderno motivador por tantas mudanças e avanços no campo laboral. Com o fenômeno da globalização, observou-se o grande avanço tecnológico, o que proporcionou um grande avanço na rede mundial de telecomunicações, como já dito. Segundo Gonçalves, tornou-se mais barata e rápida a comunicação, permitindo às pessoas e às empresas a diminuição das fronteiras geográficas, com isso interliga as pessoas em qualquer lugar do mundo, de forma mais barata. Além disso, os transportes tornaram-se mais eficientes, o que permitiu o deslocamento de mercadorias em tempos reduzidos (GONÇALVES, 2007, p. 109-110).

De fato, foi uma grande mudança no processo capitalista, pois, nesse mundo cada vez mais competitivo, as instituições precisaram se tornar mais atrativas para buscar investimentos, facilitar o desenvolvimento de sua atividade em busca de melhores resultados, visando cada vez mais o aumento do lucro. Em consequência disso, as entidades tentam se manter competitivas no mercado, investindo em tecnologia e barateando custos de manutenção e produção.

Aliando a tecnologia no sistema de competitividade das empresas, têm-se a correlação da tecnologia com a estratégia comercial, isso foi o que concluiu, durante os anos de 1980, os acadêmicos da gestão estratégica, quando começaram a reconhecer a tecnologia como único elemento importante na definição de negócio e estratégias competitivas. (BURGELMAN, CHRISTENSEN, WHEELWRIGHR, 2013, p. 4)

Como é normal, e esperado, todas as empresas passam e precisam se manter concorrentes, por isso necessitam ser capazes de desenvolver suas atividades de forma mais rápida e econômica. Essas mudanças trazidas com a aplicação da tecnologia no ambiente de trabalho inicialmente elevaram os índices de desemprego o que desestabilizou ainda mais o mercado trabalhista. Muitos trabalhadores perderam seus empregos devido à aplicação da industrialização nessas empresas, o que veio a se chamar de desemprego estrutural.

A sistemática dos empresários é a busca da elevação do lucro, com a industrialização inicial das empresas, por ventura as atividades outrora desenvolvidas por um quantitativo de trabalhadores passou a ser desenvolvido por uma máquina, o que para o empresário foi benéfico, pois diminuiu os gastos e aumentou a produção e o lucro.

Fenômeno observado, por exemplo, nos sistemas: fordista, no século XX, avaliando apenas ao que se refere ao conjunto de industrialização, sem entrar nas características de cada instituição, pois não nos convém nos esmiuçar sobre as suas peculiaridades. Nesses sistemas, visavam à maximização da cadeia produtiva, diminuindo para tanto os custos de produção e aumento do lucro. Salienta Verri (2015, p.14-15):

O fordismo revolucionou o modo de produzir mercadorias e produto em grandes escalas de produção, “puxando” a economia americana, desde a “primitiva rede de fornecedores até a rede de distribuidores. Em verdade a tecnologia ganhava nova chance de investimentos em busca da conquista de mercados, da funcionalidade e do bem estar

dos compradores de seus bens materiais – a competição era um conceito embrionário. O aperfeiçoamento de muitos dispositivos, peças, componentes e arranjos, inspirado nas inovações redentoras, generalizou em formulação de patentes que perpetuariam as soluções mecânicas, elétricas, hidráulicas, pneumáticas e suas combinações operacionais, fixando para sempre a “invenção chamada automóvel). - (grifos nossos)

As empresas buscam mercados mais viáveis, porém não apenas isso, elas procuram também se adequar as mudanças tecnológicas do seu tempo, para continuar competitivas, ao menos é o que deveriam fazer.

Essa crise inicial, conhecida como a grande crise de 1929 vivenciada pelos Estados Unidos, foi uma grande ameaça a todo o sistema do capitalismo, abalou diversos países, foi de grande propulsão, já que a tentativa de proteção do mercado interno de outros países incentivaram a redução da importação de produtos americanos, que com a superprodução, incentivada pelo pós guerra e pelo espírito consumista, teve uma abrupta quebra de exportação dos produtos americanos, gerando excedentes nos estoques, o que por fim ocasionou a queda da bolsa de valores de Nova York. E que é confirmado por Gonzaga de Sousa (2004, p. 132), no livro intitulado como ensaios de economia:

Depois de muitas crises que a economia mundial passou no transcorrer da história, é que se inicia um processo de conscientização de que o sistema econômico não deveria ser plenamente livre, quer dizer, deveria ser dirigido pelo Estado (instituição). Foi, neste sentido, que a grande crise de 1929 teve a sua saída que, segundo John Maynard KEYNES (1936), estruturou uma política econômica inteiramente controlada pela autoridade maior do País, no caso, o Presidente da República.

Uma conclusão lógica que se depreende é que o crescimento do sistema capitalista trouxe grandes problemas aos trabalhadores na fase de sua implantação à época. Propõe o Autor que a soberania das empresas no desenvolvimento de suas atividades sem intervenção do Estado fragiliza o mercado econômico. Entendemos que por sua vez, deixa o trabalhador a mercê de empresários que só visavam o maior lucro possível em detrimento ao empregado, se necessário fosse.

Nesse sentido Capelari (2010, p. 77) diz que as centralizações do dinheiro nas grandes associações empresariais e as crises da soberania do Estado foram e são fatores indispensáveis para o esmorecimento do Estado, faz com que o mesmo necessite tomar medidas de atração dos capitais industriais, aplicando medidas fiscais atrativas para incentivar a vinda das indústrias e empresas para sua localidade, desse modo, o Estado intervém cada vez menos nas relações para atrair o capital.

Surge, portanto a pergunta, o que o cenário da economia mundial tem haver com o tema abordado? Respondemos tudo, devido a esse sistema Pós-revolução industrial. Sentiu-se, portanto, a necessidade de reforma dos Estados, objetivando-se reduzir ao máximo a intervenção direta nas relações econômicas, para atrair empresas para os estados, no cenário nacional, e países, no cenário mundial.

No sentido mais amplo do termo tecnologia, conforme os doutrinadores, "nada mais é do que o conjunto de meios empregados se configurando na seqüência de atividades que constituem a cadeia de valor de uma empresa". (BURGELMAN, CHRISTENSEN, WHEELWRIGHR, 2013, p. 4)

Com o uso da tecnologia nas novas relações de emprego, surgiu à modalidade de trabalho a distância, com utilização de meios informatizados e telemáticos, por um lado esse modelo trouxe benefícios, e por outro trouxe alguns problemas quanto a temas ligados a flexibilização do trabalho e outras questões sociais, o que pode deixar os empregados a mercê de uma relação de desigualdades, na relação laboral, o que por ventura já tinha ocorrência na relação trabalhista exercida por meios físicos e diretos.

Já que o Estado não intervém de forma direta nessas relações privadas. É importante frisar que a manutenção da soberania do Estado de forma direta também não gera garantias de melhoras, já que esse problema não se dá apenas nos setores das empresas privadas e desestatizadas, mas também no próprio setor público.

Sem dúvida, problemas há em todos os setores, por isso se faz necessário fiscalizar todos eles, tanto no setor privado como no setor público, e a criação de leis mais severas que protejam os trabalhadores nessa relação desigual, já que a "evolução tecnológica e a crescente importância de tecnologias em muitas indústrias encorajam a busca de mercados globais", só fazem aumentar ainda mais essas disparidades. (FERNANDES, 1998, p.29)

A inovação do trabalho traz elementos, de justificativa pelo raciocínio, um comportamento organizacional, os quais tem introduzido novas estratégias nas

rotinas administrativas, no sentido de aumentar a flexibilização institucional para competir com o mercado que a cada dia se torna mais concorrido.

A propensão da propagação científica da informatização nos setores industriais, principalmente da telemática (informática e telecomunicação) levam a uma melhor utilização da mão de obra intelectual do trabalhador o que antes não exista no modelo fordista.

Essa flexibilização do trabalho exige a capacitação do trabalhador cada vez mais, com isso percebe-se a tendência cada vez maior das mudanças nos paradigmas do processo do trabalho, seu desenvolvimento e forma de execução mudou, e por certo, mudará mais ainda, pois o sistema tem que acompanhar o processo de evolução da sociedade e das tecnologias que lhe são empregadas para sua melhoria. De acordo com Marques (2012, p. 14):

A Revolução Tecnológica incida pelo uso intensivo do processamento de dados, principalmente quando os computadores pessoais passaram a ter maior comodidade de processamento e armazenamento, associada ao incremento na troca simultânea das telecomunicações, fomentou a terceira fase da Revolução Industrial, que ocorreu durante a década de 1980, iniciada pela indústria japonesa, principalmente após as duas grandes crises do petróleo da década anterior, exigindo veículos com elevado desempenho, conforto e pequeno consumo de combustível. Foi a era da implantação dos sistemas just in time, liderada pela Toyota; a grande revolução foi a integração entre empresas fornecedoras, criando as cadeias produtivas, *Kereitsus* e, junto a empresas clientes, reduzindo a necessidade de estoques.

Com o uso cada vez mais intensivo da informática e a notável evolução das comunicações, como as transmissões sem fio (wi-fi), telefonia celular, internet, satélites, banda larga e outros, os processos industriais ingressaram em uma nova fase: a quarta da Revolução Industrial, como robôs, e a total interligação entre empresas nos mais diferentes países em todos os continentes, emerge a globalização, tomando o mundo uma aldeia global, como citou Marshall McLuhan.

A necessidade de obtenção da transmissão de informação e comunicação de forma mais rápida são extremamente necessárias para firmar o papel estratégico das tecnologias da informação voltadas para a economia o que importa no grau e capacidade de competitividade do mercado global. O nível de emprego, processo de trabalho e qualificação profissional compreendem a base fundamental da estrutura do trabalho remoto, pois o uso de novas tecnologias exige um maior grau de conhecimento por parte do empregado, que deve estar sempre em capacitação e desenvolvimento para lidar com essas novas técnicas empregadas na execução de sua atividade.

Todos esses desenvolvimentos e renovações integralizam-se nas modificações na sistematização do trabalho, impulsiona a rapidez e acaba por ampliar as jornadas, transformando-se num prenúncio prejudicial ao direito à saúde e ao bem-estar do trabalhador. “Num curto espaço de tempo, mudaram as características do trabalho e das relações trabalhistas. A tecnologia avançou como nunca, exigindo de todos esforço excepcional de adaptação, com alterações significativas do estilo de vida”. (OLIVEIRA, 2010, p. 180)

Conformizar a categoria de trabalho e de rendimento com a segurança e tranquilidade do labutador, investindo em saúde, aplicando as condições laborativas que beneficiem um meio de labor estabilizado, tudo isso são uma preocupação no modelo de trabalho remoto.

As novidades da ciência, como a telemática, praticadas no vínculo de trabalho e os efeitos da ausência de uma lei específica que caracterize e resguarde os múltiplos meios ambientes, bem como a consequência efetiva dessa desregulamentação pode acarretar para a saúde dos trabalhadores.

1.1 Proteção ao Meio Ambiente do Trabalho

O meio ambiente do trabalho está diretamente ligado ao individuo que exerce suas atividades laborais em proveito de um terceiro, em outras palavras é o local que é desenvolvido ou executado o trabalho pelo labutador.

Percebe-se pela importância da proteção do meio ambiente do trabalhador remoto, pois o respeito às normas reduzem os riscos e perigos do exercício da sua atividade, diminuindo a ocorrências de acidentes de trabalho e aparecimento de doenças profissionais. Conforme Oliveira (2010, p. 117):

Desde a etapa evolutiva da “saúde do trabalhador” iniciada por volta de 1970, conforme abordamos no item 2.5, observamos a participação ativa do trabalhador reivindicando condições de trabalho saudáveis, bem como a avaliação do ambiente do

trabalho como um todo, e não somente como a simples soma dos fatores independentes. No ambiente de trabalho e, mais especificamente, no posto de trabalho, observa-se a presença simultânea de diversos riscos e agressões que afetam a saúde e a integridade física do trabalhador. Essa etapa continua em processamento e agora com maior intensidade, enriquecida como novos ideais, avançando na direção da qualidade de vida do trabalhador, dentro e fora do local do trabalho.

Nota-se que a proteção do ambiente laboral não é sinônimo da defesa dos direitos trabalhistas, aquele visa a salvaguarda da segurança da saúde do trabalhador, não deixando o ambiente inadequado interferir negativamente ao seu bem estar, já este visa a custódia de um conjunto de direitos que se inserem na relação do vínculo empregatício.

Conforme a Constituição Federal de 1988 a escolha da saúde do empregado é um direito fundamental, sendo direito e dever de todos. Preceito constitucional, de acordo com o artigo 225, da CF:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que

comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A tutela ao direito a saúde visa à preservação mínima do bem estar do empregado, o respeito ao princípio da dignidade humana é a base da fundamentação destes dispositivos Constitucionais, para a eliminação ou redução desses riscos.

Para a efetivação da segurança do trabalhador é necessário haver por parte dos empregadores maiores investimentos para prevenir acidentes, tais como capacitação da mão de obra, fiscalização, manutenção dos equipamentos, etc, o que requer a conscientização da empresa na implatação das medidas necessárias.

Apenas a aplicação de indenizações a acidentes de trabalho não é coercitivo o bastante para que tomem essa conscientização, que por vezes sai mais barato indenizar o trabalhador por um acidente sofrido do que o valor que investiria para evitar esses tipos de acidentes no ambiente do trabalho, como se um dano físico ao labutador pudesse ser comensurado.

Portanto, só haverá uma mudança nesse pensamento capitalista da mensuração do maior lucro possível pelo empresário, quando houver uma modificação dos parâmetros legais, aplicando uma sanção que realmente fizesse com que a visão do empresário fosse alterada, mesmo que pela medição de vantagem de ter conduta comissiva em obediência a segurança e saúde do trabalhador.

1.1.1 Acidente de Trabalho e Doença Profissional

Conforme as disposições Gerais, a Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho (SSTT), é o órgão reponsável pela cordenação, orientação, controle e supervisão relacionados à saúde e segurança do labutador, em nível nacional. Com isso, foram criadas as Delegacias Regionais do Trabalho, cada uma com sua jurisdição, para facilitar a execução das medidas preventivas e corretivas que interferem a saúde do obreiro.

A NR nº 5, estabelece a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), que tem por objetivo a prevenção da ocorrência de acidentes no trabalho, para tanto dispõe de normas que tem a observância obrigatória por parte das empresas privadas e órgãos públicos, para minimizar os prejuízos causados ao labutador relacionadas a execução de seu ofício. Estabelece a lei 8.213:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

§ 3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

§ 4º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.

É impossível não vincular a noção de acidente de trabalho a ausência de fiscalização do empregador e das autoridades em relação ao respeito a lei e as normas técnicas regulamentadoras (NR's) que foram criadas como fatores essenciais para diminuição de acidentes no meio laboral.

Para efeito da lei 8.213, artigos 20 e 21, equiparam-se a acidente de trabalho as doenças profissionais e demais acidentes que detenham relação a atividade exercida pelo obreiro em benefício ao empregador:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

[...]

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de:

a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;

b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;

c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;

d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

[...]

(grifos nossos)

Esses artigos são de suma importância para a proteção da saúde do trabalhador, pois, em caso de sofrerem prejuízo quanto a sua higidez, estarão protegidos. Por óbvio, que temos que reconhecer que houve mudanças significativas

na redução dos acidentes, tendo como responsáveis por isso: a influência sindical; a fiscalização das autoridades: Ministério Público do Trabalho e da inspeção do Ministério do Trabalho e Emprego; e principalmente a judicialização das ocorrências dos acidentes, que aumentaram o número e valores das indenizações, que atingiu diretamente o “bolso” dos empregadores.

Com isso, houve uma alteração do comportamento corporativista que por pressão, vem mudando o meio ambiente do trabalho para evitar não só os acidentes ou doenças profissionais, mas principalmente no intuito de redução de custos da atividade empresarial.

O que nos demonstra que na visão do empregador há uma monetização da saúde do trabalhador, que vislumbra a medida mais vantajosa para a corporação. Neste caso, avalia se seria mais rentável o investimento de medidas preventivas para evitar danos ao trabalhador ou se seria mais barato aguardar um real dano ao obreiro e que esse viesse a exigir reparação ao pagamento de indenização através do poder judicante.

Há ainda a NR nº 7, que institui a obrigatoriedade de criação e execução de todos, tanto empregadores, instituições, e obreiros o programa de controle médico de saúde ocupacional (PCMSO), com o intuito de promover a melhoria na saúde do empregado.

Nesse sentido, são instituídos padrões a serem seguidos pelos empregadores, para a busca da redução de acidentes e doenças profissionais, que lesam a capacidade laborativa do trabalhador. O que já é um desafio no modelo ortodoxo de desempenho da atividade laborativa, que desenvolve as atividades no ambiente físico da empresa sob supervisão direta da gestão corporativa, imagine como é dificultoso fazer essa mesma aplicação e fiscalização dessa prevenção ao teletrabalhador que não está sob a supervisão física e direta do empregador.

Toda essa dificuldade acarreta ao desrespeito e a falta de fiscalização com isso percebeu como o trabalhador remoto se encontra numa relação de fragilização, tanto no que se refere à prevenção do acidente em si, quanto também a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e o exercício do ofício.

2. DEFINIÇÃO E MODALIDADES DO TELETRABALHO

No processo evolutivo da sociedade, o ser humano sempre buscou encontrar meios capazes de suprir as novas necessidades advindas de um mundo que vive, em

constantes alterações. Deste modo surgiram novos modelos estruturais de trabalho, cujo cunho nasceu dos avanços ligados a tecnologia.

Essas transformações na relação de trabalho refletem exatamente isto, após o processo de globalização da ciência, tornou-se uma prática bastante usual utilizar-se dessa técnica nas empresas, visando à redução de custos e a diminuição das distâncias, além de facilitar o acesso e transmissão de dados e informações de forma rápida e segura.

Com esse avanço desse conhecimento na área das telecomunicações e informática, surgiu a internet, que trouxe uma forma de baratear os gastos no que tange ao espaço e ao tempo, desprendido por todos os trabalhadores e empregadores. Dentro deste contexto surgiu o trabalho a distância, a nova relação de trabalho que fugiu dos meios tradicionais de exercício da função do empregado na sede da empresa sob subordinação física do empregador.

O teletrabalho já se inseriu nos novos meios laborais deste século, antes mesmo da regulamentação advinda da lei 12.552 /2011 que alterou o artigo 6º da CLT, equiparando esse profissional ao trabalhador do modelo tradicional. Por isso é importante tentar enquadrar as outras espécies nas relações laborais e destacar a diferenciação entre essas figuras, para estabelecer o sentido e papel do teletrabalhador nessa nova perspectiva global.

Nesse sentido “são definidos alguns termos mais comuns no campo da empresa de trabalho flexível”. (GOULART, 2009, p. 26). Conforme a classificação de Goulart são eles: trabalho autônomo; centro satélite; centro local, também conhecido como telecenter; trabalho em casa (home office); escritório virtual (virtual office); e o próprio conceito de teletrabalhador os quais veremos todos a seguir.

O tema, como já abordado não é tão recente, com a utilização de termos próprios, trazidos por certos autores. Termos esses que traz na sua estrutura um significado diverso, os usos dos mesmos podem gerar certas dúvidas quanto sua nomenclatura, dessa forma, insta salientar a importância da classificação e definição de cada significado surgido, ao desmistificar o trabalho remoto.

2.1 Trabalho autônomo

Trabalho autônomo é o exercido em um particular ofício profissional sem que haja relação empregatícia, ou seja, é aquele no qual o trabalhador exerce a sua atividade por conveniência própria, onde assume os riscos do desempenho de sua profissão.

De acordo com o posicionamento de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (2005, p. 531) “autônomo é o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução”.

Então a principal característica desse profissional é a independência já que sua atuação não está vinculada a nenhuma relação empregatícia com determinado empregador. O benefício trazido por essa espécie de labor está na liberalidade, já que não existe uma dependência com o empregador, nesse caso, o trabalhador autônomo pode ter seus proveitos variados, não há fixação nem de salário e muito menos de horários.

Conforme Palermo *apud* Vilhena (2005, p. 533), aborda o trabalhador autônomo como sendo um ser individual no que tange a execução de sua atividade, ou seja, independente, subdividido a atividade em:

- a) liberdade de organização e de execução do próprio trabalho, ou seja, o trabalhador autônomo pode utilizar-se de substitutos ou ainda de auxiliares;
- b) liberdade de disposição do resultado do próprio trabalho, sobre a livre base do contrato de troca, vale dizer: não aliena a sua atividade, na medida em que ele labora por conta própria, podendo se assim estiver acordado, alienar o próprio resultado trabalho, ao contrário do trabalho subordinado em que o prestador exerce uma atividade para outrem, alienando a força de trabalho, ou seja, pondo à disposição de outra pessoa a sua atividade sem assumir os riscos tendo assim que se sujeitar às sanções que o credor entenda que devam ser aplicadas, sempre que venha violar os deveres impostos pela relação laboral submetendo-se, portanto, ao poder de direção empresarial, inclusive no aspecto disciplinar;
- c) autonomia do prestador da obra no duplo sentido: liberdade de vínculo de subordinação técnica, na medida em que a prestação de trabalho é fruto de uma manifestação da capacidade profissional ou artística individual e econômica, considerando que o trabalhador assume o risco do próprio trabalho, sofrendo eventualmente seus riscos.

Portanto podemos dizer que o trabalhador autônomo não está vinculado a outro sujeito (empregador), não sendo, detentor de direitos trabalhistas. Podendo exercer a atividade autônoma como prestador de serviços profissionais, ou até como prestadores de serviços regulamentados pelos conselhos de classes, como o que ocorre com advogados autônomos, engenheiros, etc., por exemplo.

Porém, é importante frisar que o trabalho deve ser executado com total autonomia, para que evite caracterizar os pressupostos da relação de trabalho (subordinação, exclusividade, remuneração ajustada e periódica), pois se presentes, ficará caracterizado o vínculo empregatício, gerando custos ainda maiores do que aqueles resultantes da contratação normal de um empregado.

O trabalhador independente diferencia-se do empregado que tem vínculo empregatício, não estando submetido ao empregador sob os requisitos do artigo 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, tendo total liberalidade para desempenhar seu ofício sem imposição de horário.

2.2 Centro satélite

Centro satélite é um local separado da estrutura da empresa, encontra-se geograficamente distinto da organização da empresa onde se desenvolveria o trabalho físico direto, diferente deste, se exerce a atividade através de comunicação eletrônica, no qual os empregados comparecem regularmente para trabalhar. Esse centro satélite é implantado pela empresa e nele só exercem a atividade neste local, apenas empregados desta empresa, diferente do que ocorre no centro local. Conforme Oliveira (2009, p. 224 -225):

Centro satélite de teleserviços é um edifício de escritórios, ou parte de um edifício, inteiramente de propriedade de uma organização (ou cedido em regime de leasing), no qual os empregados comparecem regularmente para realizar sua atividade. A diferença existente entre um centro satélite e um escritório tradicional é que no primeiro caso todos os empregados do centro trabalham ali porque moram mais perto daquele local do que do local principal, independentemente dos seus cargos.

Esta modalidade é uma solução de logística para possibilitar o trabalho à distância, os empregados comparecem regularmente para trabalhar, podendo haver a fixação de horário ou não. Essa modificação da concentração do centro físico da empresa flexibilizou os horários de trabalho, proporcionou ao trabalhador, maior

competência para gerir sua própria organização pessoal e profissional, inclusive no que diz respeito ao local em que executará as suas atividades, além de facilitação de acesso, pois diminui as distâncias antes enfrentadas no modelo tradicional.

Os ofícios executados de forma remota, traz no seu bojo a auto gerenciamento e a auto execução. Mesmo assim, não significa dizer que não há a vigilância do empregador, pelo contrário, a administração e a vigilância executada pelo obreiro, como ocorre em alguns Tribunais que utilizam como ferramenta o trabalho remoto, exemplo o Tribunal Superior do Trabalho, através da Resolução Administrativa nº 1.449 de fevereiro de 2012, que se utiliza de metas e resultados, o que também pode ocorrer no setor privado, vai depender da forma acordada entre o empregado e empregador, não há uma fórmula comum, cada órgão ou empresa decide a forma que melhor será desenvolvido o trabalho e como fará o controle deste.

2.3 Centro local (*telecenter*)

O centro local tem semelhanças com o centro satélite. Aquele é um espaço distinto da estrutura da empresa, porém diferencia-se do centro satélite porque neste espaço ou edifício pode abrigar empregados de várias empresas diferentes. Como é o caso de grandes empresas de telemarketing, com o Call Center da empresa Contax, no Recife, que atendem a demanda de diversas empresas (Vivo, Santander, TAM, Oi, Itaú)⁸⁷. Ou seja, diversas empresas ocupam o mesmo espaço, pois contratam o serviço de terceirização de call center da Contax para prestação do serviço de atendimento ao consumidor.

Há empresas que trabalham apenas mantendo o local disponível para terceiros, sublocando o espaço, seja para empresas privadas ou órgãos públicos, para que seus empregados ou funcionários utilizem do local e de sua comodidade. Assevera Pinho Pedreira que "os telecentros são locais da empresa, porém situados fora da sua sede central" (2000, p. 584).

Essa não é a única forma de existência de centro local, o que necessita para se configurar um centro local é um espaço dividido por diversas pessoas de empresas diferentes nas quais desenvolvem seu trabalho, espaço esse oferecido pelas empresas, importante frisar isso.

2.4 Trabalho em casa (*home office*)

⁸⁷ Informação obtida no site da empresa Contax, disponível no site: <http://www.contax.com.br/clientes-e-verticais/>. Acessado em: 25/09/2015.

A definição de trabalho em casa se encaixa nos moldes de trabalho remoto flexibilizado. Este novo conceito de trabalho significa escritório em casa que pode desenvolver a atividade laborativa, este é produzido desenvolvido integralmente no ambiente doméstico, não significa dizer que é um trabalho informal.

Tanto o teletrabalho quanto o trabalho em casa, são duas espécies consideradas um novo modelo baseado no labor exercido fora do ambiente físico tradicional da empresa, este e aquele denota perspectivas operantes de condutas muito similares. Considera-se trabalho em casa conforme a convenção da OIT nº 177 (anexo 1) :

Artículo 1

A los efectos del presente Convenio:

a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

(i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;

(ii) a cambio de una remuneración;

(iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;

(b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;

(c) la palabra empleador significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté

o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

A tênue dissemelhança está em que, o teletrabalhador ainda faz parte da formação institucional e percebe matérias primas tais como: equipamentos indispensáveis para produzir suas funções. Já o trabalho *home-office* é desenvolvido em meios alternativos como o primeiro, mas com a diferença de que este divide mesma estrutura do recinto doméstico, ou seja, no trabalho em casa pode ou não haver a subordinação jurídica e a relação de emprego como na primeira espécie de trabalho, porém para tanto se analisa como desenvolve suas atividades e os mecanismos de prosseguimento da atividade.

2.5 Escritório virtual (*virtual office*)

Devido à grande competitividade, percebeu-se um nicho de mercado, no qual apareceu o oferecimento de espaços físicos alugados e utilizados de acordo a necessidade de cada profissional já com todas as estruturas necessárias para qualquer profissional desenvolver sua atividade, locando um espaço físico que traz todos os meios ao desenvolvimento da atividade. Conforme o dicionário de Administração de Geraldo Duarte (2011, p. 471-472), escritório virtual é:

Local de trabalho que oferece a mesma infraestrutura de um escritório convencional e o usuário somente o utilizará conforme sua conveniência, pagando pelo tempo da ocupação (horas, dias ou meses) e prestação dos serviços opcionais de apoio desejados. Dentre os vários serviços ofertados por locadoras de escritórios virtuais, destacam-se a infraestrutura completa, ambientes de trabalhos diversificados (salas individuais, de atendimento, de reuniões e de apoio técnico), secretaria, assessorias especializadas, sistema de recepção e entrega de correspondências, documentações e encomendas, organização de eventos, fornecimento do refeições e outras formas de suporte logístico necessárias.

Esse tipo de serviço oferece a empresas espaços equipados e com toda infraestrutura necessária para o desenvolvimento de suas atividades. Disponibiliza aos profissionais, endereço, números telefônicos, internet, móveis, etc. Além de poder contar com serviços operacionais como recepcionistas, limpeza e manutenção, assessoria jurídica e administrativa, por um valor bem menor do que seria para implantar um espaço similar próprio.

O escritório é de uso múltiplo, muitas pessoas usam a mesa do escritório apenas uma parte do dia, ou da semana, para realizar determinada atividade, reunião. No Rio Grande do Norte, especificamente em Natal, há diversos desses escritórios virtuais: o Natal Virtual Office, localizado na Rua Raimundo Chaves, nº 2182, no Empresarial Candelária, Lagoa Nova; o Tirol Office, localizado na Avenida Afonso Pena, nº 1206, Tirol; o Executiva Virtual, localizado na Rua Ipanguaçu, nº 1123, Tirol; dentre diversos.

Todos são espaços equipados e estruturados, no qual a pessoa aluga por um determinado período, por uma hora, o que lhe for conveniente para desenvolver seu trabalho.

A Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Natal, dispõe de um ambiente equipado de: mesa, cadeiras, internet, telefone, ou seja, detém toda estrutura necessária que necessita o advogado em início de carreira que ainda não tem estrutura para abertura do seu próprio escritório de advocacia, disponibilizando de forma totalmente gratuita para profissionais que têm até 2 anos de atividade jurídica.

2.6 Teletrabalho

É a atividade executada de forma remota, fora da sede física da empresa, o trabalho a distância pode ser desenvolvido por diversos tipos de profissionais, um prestador de serviços, autônomo, empregado. Já que se trata de modalidade no qual o profissional desenvolve suas atividades.

O trabalho a distância integra uma variante do modelo do trabalho proporcionado pela telemática (integração da tecnologia da informação e da comunicação), concernente não meramente em eliminação das barreiras geográficas, mas também aperfeiçoando a convivência entre obreiro e chefe, além de reduzir os gastos operacionais, já que, atividade, é desenvolvida fora da estrutura física tradicional da empresa. Alice Monteiro Barros pondera (2008, p. 331):

No trabalho a distância, do qual o teletrabalho é modalidade, o controle alusivo ao poder de direção poderá se apresentar com maior ou menor intensidade, tomando a subordinação jurídica a denominação de telessubordinação, que poderá manifestar-se durante a execução do trabalho ou, mais comumente, em função do seu resultado. Afirma-se, até mesmo, que o controle da atividade é substituído pelo controle do resultado.

O trabalhador remoto pode ser entendido como empregado que desenvolve seu ofício fora da sede física da empresa, independente da atividade que exerça desde que o trabalho seja de produção intelectual. Para configurar essa modalidade basta que sua atividade se dê a distância ou externamente, afastado do ambiente físico da empresa, com a utilização de ferramentas não tradicionais, tudo facilitado pelo uso da telemática.

2.7 Trabalho flexível (*flexible working*)

A flexibilização do trabalho pode ser entendida como um grupamento de eventuais modalidades (home office, telecentro, centro satélite, etc) de desenvolver um ofício, se desvincula da idéia do ambiente tradicional do trabalho, mas não apenas quanto a flexibilização do local do desenvolvimento da atividade, mas também a mabialidade de horários e da forma que se dará a organização e execução do ofício.

No âmbito dessa facilidade de execução do trabalho, percebemos um comportamento que facilita a aproximação geográfica entre o trabalhador e o empregador. Essa nova forma veio para facilitar a organização do trabalho, reduz custos de operação e de manutenção, conforme Kugelmass “entende-se basicamente que o trabalho flexível é uma estratégia para organizações de qualquer setor, independentemente do tipo de produto, nível de tecnologia ou tipo de força de trabalho.” (KUGELMASS, 1996, p.12)

Entendemos que o avanço ligado a telemática, facilitou a flexibilidade do trabalho, que trouxe benefícios mas também prejuízos aos trabalhadores. Nesse sentido Sebastião Geraldo de Oliveira(2010, p. 181) entende que:

O progresso da informática e das telecomunicações está mantendo os trabalhadores permanentemente conectados com a empresa, contaminando o tempo que deveria ser de descanso, lazer e convívio familiar, principalmente dos diretores, gerentes ou chefias intermediárias. Além disso, no início do século XXI ocorreu um crescimento acentuado do teltrabalho, seja pelas dificuldades de deslocamento nos centros urbanos, seja pela facilidade tecnológica de possibilitar que o trabalho seja prestado de qualquer lugar a qualquer hora.

Essa flexibilidade não se dar apenas no trabalho remoto, como podemos perceber é uma facilitação na forma da contratação e execução do trabalho, trata-se de uma característica que mabiabiliza a relação do trabalho.

O termo pode configurar uma amplitude de significados, no direito do trabalho, nota-se que a flexibilização pode suprimir certos direitos. Não é difícil perceber, que há na verdade, um afrouxamento na relação empregatícia, não só no teletrabalho, mas também na terceirização, na subcontratação, todas as modalidades que podem facilitar ao descumprimento dos direitos laborais. Entendemos que quando há uma maior liberalidade quanto aos termos do contrato do trabalho pode surgir a supressão de direitos, já que nessa relação o trabalhador encontra-se numa relação de desigualdade perante ao empregador.

3 BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS DESSE TIPO DE TRABALHO

Não tem como duvidar que esse instituto trouxe muitas reflexões a se fazer sobre a implantação dessa modalidade de prestação de serviço, nos referimos ao que há vínculo empregatício, é por obvio notar que há vantagens e desvantagens advindas com o teletrabalho tanto para o empregador e empregado quanto para a própria sociedade.

Faz-se necessário diferenciar a subordinação jurídica com o controle de jornada e com fiscalização de cumprimento destas. O primeiro é a prestação efetiva do trabalho pelo empregado ao empregador, sob o comando deste; o segundo é a hipótese de haver um acordo entre as partes quanto a execução desse trabalho, a jornada de trabalho em si, é o período no qual o trabalhador irá executar o trabalho ao qual está subordinado juridicamente ao empregador; e o terceiro é exatamente a forma ao qual o empregador irá utilizar-se para saber se a jornada acordada está sendo completamente respeitada, estabelecimento de metas, utilização de um controle do trabalho executado com a utilização de tecnologia de reconhecimento da atividade laboral feita através de sistemas de software, por sistemas operacionais que detectam a permanência ou por qualquer outra forma de controle de jornada, que possam controlar o período que o teletrabalhador disponibiliza ao trabalho.

No que tange ao controle de jornada, considerando o exposto, continuam, os direitos consolidados sobre a duração do trabalho, artigo 62 da CLT com relação ao trabalho externo, e a possibilidade de aplicação do regime de sobreaviso conforme Súmula 428 do TST a seguir transcrita:

" Súmula nº 428 do TST

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso." (grifos nossos)

É evidente, que essas situações de trabalho à distância, para ser aplicada tais dispositivos, como o que trata sobre horas extraordinárias, adicionais, intervalos, sobreaviso entre outros decorrentes do não respeito às leis trabalhistas, deverão para tanto envolver um controle da jornada pelo empregador, o que deverá ser analisado caso a caso, pois será passível de aplicação se o contrato e a relação contratual comportarem essas hipóteses.

Tais situações estão sendo regidos pelos casos concretos que são levados ao judiciário que analisam pelo prisma dos princípios e assim vão se consolidando na jurisprudência sobre o controle pelo empregador das horas de trabalho cumpridas por empregados que tem atividade a distância.

O que se pode perceber é que o próprio Tribunal Superior do Trabalho, na Resolução Administrativa nº 1.499 de 2012, regulamentou critérios para o desenvolvimento e realização de tarefas fora das dependências do Tribunal, mediante controle de acesso e avaliação permanente do desempenho dos servidores e condições de trabalho.

Também há a Resolução nº 245 de 30 de outubro de 2012 do Tribunal de Contas do Distrito Federal, e uma portaria nº 947 de 20 de abril de 2012 da Receita Federal do Brasil, nas quais também dispõem e dão providências quanto ao desenvolvimento do teletrabalho nos seus órgãos.

Há uma proposta do Conselho Nacional de Justiça que toma por base as resoluções e portarias utilizadas por outros órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho

(CSJT), que regulamentaram a questão para toda a Justiça do Trabalho desde 2012. Dessa forma, o trabalho não será avaliado pelo período de disponibilidade do servidor, mas sim através de metas e projetos pré-definidos.

Os próprios tribunais estão definindo o modo de execução do trabalho de seus servidores, através de regimentos internos, resoluções sobre o trabalho remoto, utilizando-se da aplicação de metas, ao invés do tempo mínimo de disponibilidade ao trabalho.

Porém esses são exemplos do trabalho a distância nos órgãos públicos, mas iremos nos deter nesse trabalho monográfico ao desenvolvimento apenas no setor privado que por si só já é demasiado expressivo.

Esclarecidos no capítulo anterior sobre as nomenclaturas dos termos utilizados, verificamos que a atividade que trazemos em foco neste trabalho em termos mais práticos é o trabalho desenvolvido pelo empregado (subordinação, onerosidade, continuidade, pessoalidade e alteridade), no qual exerce a sua função de forma remota ou virtual, em outras palavras de forma não presencial, que recebe insumos da empresa para desenvolver suas atividades.

Neste caso, tratamos especificamente o teletrabalho no setor privado, apesar de ter citado sua presença também no setor público. E pensando nisso, mostraremos os benefícios e malefícios do emprego dessa tecnologia, para o empregado, empregador e sociedade, que dividimos a seguir, da seguinte maneira: 3.1) benefícios para o trabalhador; 3.2) benefícios para o empregador; 3.3) benefícios para a sociedade; 3.4) malefícios para o trabalhador; e 3.5) malefícios para o empregador.

3.1 Benefícios para o trabalhador

Os benefícios são diversos nessa modalidade de trabalho, pois o empregado mantém o mesmo *status* do empregado que exerce sua atividade de forma física e direta, pois a este está equiparado por força de lei, conforme alteração do artigo 6º da CLT pela lei 12.551/2011, mantendo os mesmos direitos que um trabalhador convencional, fazendo jus a todos seus direitos como dispõe a lei.

Conforme Oliveira (2009, p.220) os benefícios da implantação dessa modalidade de trabalho remoto é diversas, para ela o:

O teletrabalho possui também, dentre vários outros benefícios de natureza socioeconômica, aqueles que ainda poderão complementar o sistema de transporte público vigente,

preservar os recursos do meio ambiente físico, assim como melhorar a qualidade de vida das pessoas. Por outro lado, quando bem implementado, torna-se também um importante instrumento gerencial para inserir pessoas portadoras de deficiência físicas qualificadas que poderiam ser admitidas no serviço público, considerando a existência dos recursos tecnológicos disponíveis que os favorecem, na execução de suas atividades profissionais. Desta maneira, com a tecnologia da informação já disponível e a necessidade dos empregados públicos em serem mais flexíveis onde e como trabalhar, o teletrabalho é, sem dúvida, uma solução lógica e promissora a ser adotado, principalmente pelas instituições públicas do Brasil.

Além de tudo isso, com o desenvolvimento de sua atividade de forma auto-suficiente lhe proporcionam maior tempo de convívio junto à família; autogerenciamento, capacidade de auto-supervisão e organização de seu tempo; auto-concentração e atualização e adaptação a novas tecnologias empregadas a sua atividade; espaço de gerenciamento do tempo para se dedicar a outras atividades; e a possibilidade de inserção de pessoas portadoras de alguma deficiência física no mercado de trabalho, já que para o desenvolvimento do trabalho pode ser adaptado a cada necessidade não apenas no setor público como é o caso do Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), mas também no setor privado.

3.2 Benefícios para o empregador

Pode ser identificado como benefícios para o empregador o uso das tecnologias desde o início da contratação do trabalhador, como por exemplo, o recrutamento e seleção de candidatos à distância, o que não apenas diminui os custos da seleção, mas também aumenta a quantidade e qualidade dos candidatos mais qualificados que por estarem num lugar mais distante estariam de fora da seleção pelo alto custo de deslocamento de um estado para outra, na incerteza de serem selecionados. Vemos hoje, a utilização de vídeo conferência como meio facilitador de interação interpessoal, muito utilizado para esse fim. Conforme doutrinadores (RAINER; GEGIELSKI, 2012, p. 163), as vantagens são:

O teletrabalho oferece muitas vantagens potenciais para os empregados, os empregadores e a sociedade. Para os empregados, as vantagens incluem menos estresse e melhoria na vida familiar. Além disso, o teletrabalho oferece

oportunidades de emprego para pessoas que não podem sair de casa, como pais solteiros e pessoas deficientes. As vantagens para o empregador incluem maior produtividade, a capacidade de manter empregados capacitados e a oportunidade de atrair empregos que moram em locais distantes.

Além disso, é possível identificar uma gama de benefícios que a aplicação da tecnologia traz às empresas que a utilizam, como a redução dos espaços que conseqüentemente ajudam a reduzir os custos fixos de manutenção; também pode ser comprovado que a não necessidade de deslocamento do trabalhador para a empresa diminui bastante os riscos de acidentes de trabalho, tanto no ambiente do trabalho em si, ou aqueles ocorridos durante o percurso casa – trabalho e trabalho-casa. E nessa mesma perspectiva a redução de diversos custos que teriam com o trabalhador que presta sua atividade de forma presencial no modelo tradicional.

Por fim, a continuidade da execução do trabalho independentemente de qualquer adversidade como engarrafamentos, enchentes, chuvas, também são vistos como benefícios para esse tipo de consecução do trabalho, pois evita a paralisação da execução do trabalho, o que é vantajoso para o corporativismo que não perderá o dia de trabalho.

3.3 Benefícios para a sociedade

Ainda conseguimos identificar outro benefício que advém da diminuição do deslocamento do trabalhador ao ambiente de trabalho, ou seja, menos carros na rua, menos emissão de poluentes, o que o meio ambiente agradece, e ainda menos trânsito e menos acidentes ligados ao deslocamento deste trabalhador. De acordo com Rainer e Gegielski (2012, p. 178) o “principal benefício para a sociedade é a capacidade de distribuição informações, serviços e produtos de maneira fácil e conveniente para as pessoas em cidades, em áreas rurais e países em desenvolvimento”.

Trata-se da expansão da tecnologia a variados destinos, o que trouxe a quebra das barreiras geográficas, a tecnologia da telecomunicação e informatização, sem dúvida, tem por finalidade a interligação de variadas pessoas em diversos lugares. O que é um fator tão determinante para a utilização da telemática para a disseminação de informações e acessibilidade.

Não é apenas a vantagem ligada ao campo da acessibilidade às tecnologias que trazem os benefícios do teletrabalho para a sociedade, podemos verificar

questões de fatores ambientais que tem uma melhora também, a diminuição de pessoas se deslocando de casa para trabalho mutuamente, faz com que haja menos veículos em movimento, o que reduz significativamente a emissão de gases poluentes, contribuindo para a redução do efeito estufa.

3.4 Malefícios ao trabalhador

Nos dias atuais, com a utilização da tecnologia, percebe-se que há um distanciamento ocasionado pelas redes sociais, nunca as pessoas estiveram tão conectadas com as outras, mas também tão distantes da interação social presencial, com o desenvolvimento do teletrabalho não é diferente, a conexão com a tecnologia e o distanciamento do ambiente de trabalho físico dificulta a interação entre os colegas de trabalho. Podemos verificar, tais maléficis conforme Rainer e Gegielski (2012, p. 163):

O teletrabalho também tem algumas desvantagens potenciais. Para os empregados as maiores desvantagens são o aumento da sensação de isolamento, a possível perda de benefícios adicionais, um salário mais baixo (em alguns casos), a ausência de visibilidade no local do trabalho, o potencial para promoções mais lentas e a falta de socialização.

E outro problema que foi citado também como benefício, pode resultar da dificuldade de autogerenciamento, que pode comprometer a saúde com a extrapolação da jornada pela dificuldade da desconexão com o trabalho, o que trás preocupação com a saúde do labutador.

A flexibilização podem tomar proporções negativas, como citado, o trabalhador se afasta do local físico, o que dificulta a verificação por parte do empregador das medidas necessárias para evitar o desenvolvimento de doenças profissionais ou acidentes de trabalho, nesse, como em outros pontos, causa uma séria dificuldade da comprovação do liame entre o dano ao trabalhador e a atividade desenvolvida. Consoante Oliveira (2010, p. 181):

Em decorrência das mudanças, já se começa a discutir como necessário para a saúde e bem-estar do trabalhador o "direito à desconexão", ou seja, deve-se estipular normas jurídicas impedindo que o poder diretivo patronal invada, abusivamente, a vida particular do empregado. É imprescindível que o trabalhador ou teletrabalhador tenha assegurado o direito ao repouso, aos intervalos, ao lazer e ao

convívio familiar ou social sem interferência ostensiva ou velada dos comandos reais ou virtuais do empregador.

Não há como negar que as pessoas estão cada vez mais conectadas e essa dificuldade de desconexão pode trazer graves prejuízos ao labutador, tais como o afastamento do convívio com outras pessoas: família, colegas de trabalho e amigos; desrespeito aos limites de execução do trabalho, que refletem especificamente nos efeitos jurídicos da relação trabalhista: extrapolação do horário, com reflexo em horas extraordinárias; tempo a disposição ao empregador, com reflexo no adicional de sobreaviso; trabalho noturno, com reflexo do referido adicional. O que denota a dificuldade de fiscalização dos respeitos aos direitos desse teletrabalhador.

Também, e principalmente, problemas relacionados à saúde, que refletem diretamente na ocorrência de problemas emocionais (ligados ao grau de estresse), e físicos que podem surgir em decorrência de doenças profissionais ou até acidentes de trabalho.

Importa salientar é que trouxemos ao deslinde da questão alguns exemplos de desvantagens do labutador remoto, que não são apenas esses que podem ser vislumbrados pelos trabalhadores, pelo contrário, são diversos e inesgotáveis.

3.5 Malefícios para o empregador

A dificuldade de desenvolvimento das relações interpessoais entre os funcionários é um grande problema, já que essa falta de interação não é saudável, pois não há a possibilidade de trocas de experiências e desenvolvimento de parcerias. “As desvantagens para os empregadores são as dificuldades de supervisionar o trabalho, possíveis problemas de segurança de dados e custos de treinamento”. (RAINER; GEGIELSKI, 2012, p. 163)

Com a o princípio do autogerenciamento, que dá autonomia ao teletrabalhador de ser seu próprio fiscal, dificulta o gerenciamento por parte da empresa que tem que confiar até que o funcionário prove o contrário.

Outra dificuldade é a implantação do teletrabalho é relacionado aos custos operacionais da corporação, pois tem que dispor de um médio ou alto grau de investimento, dependendo da amplitude do negócio e do porte da empresa; atualização dos sistemas de informação, criando mecanismos capazes de gerar controle e gerenciamento das atividades desenvolvidas pelo trabalhador; desenvolvimento de softwares criados especificamente para a atividade e a proteção

de dados sigilosos; disponibilizar equipamentos e insumos necessários para o ofício; além do constante investimento em capacitação do laborador.

Também se verificar a dificuldade de gerenciamento quanto às medidas ergonômicas, e a fiscalização para saber se o empregado está tomando as providências necessárias de precaução de acidentes e de amenização do aparecimento de doenças profissionais, o que por si, não isenta a responsabilidade deste.

4 EFEITOS JURÍDICOS DO TELETRABALHO NO BRASIL

Conforme já trazido, como exemplo, o TST e outros órgãos utilizam programas de softwares para possibilitar o desenvolvimento do trabalho e controle, com o setor privado não é diferente, é utilizado programas de computadores, internet, softwares, vídeos conferências, telefone, e tudo mais de insumos oferecidos pelas empresas ao trabalhador, para que possam desenvolver suas atividades, mais também para que a própria empresa possa ter um controle do quantitativo e qualificativo dos trabalhos desempenhado e o controle da jornada também é um favor importante, que é feito através do *login* dos sistemas e controle de desempenho.

Pode haver ou não o estabelecimento de horários de trabalho, o que induz ou não a liberdade na iniciativa e execução do trabalho, o que depende da forma que foi ajustado o contrato de trabalho, esse controle do empregador sobre o ofício é feito a distância, porém não significa dizer que todo teletrabalhador terá a liberdade de autogerenciamento, pois dependendo do contrato de trabalho, o gestor poderá definir metas e relatórios que serviram de informativo e complementaram todas as informações emitidas pelos softwares.

Isso pode ser pautado ou estipulado no próprio contrato de trabalho ou no dia a dia, conforme a necessidade de cada empresa ou cadeia de gestão pode ser emitida diretamente ou por outros meios. A presença virtual do empregador se assemelha a sua presença física no ambiente de trabalho.

O espaço ortodoxo abre espaço ao desenvolvimento da atividade remota, proporcionando mobilidade geográfica e de tempo, através de uso da rede de dados, por meio de equipamentos informatizados (*scanner*, celular, câmara digital, telefone, computador, etc). (VILHENA, 1999, p. 526).

Porém não significa dizer que para configurar como teletrabalhador é necessário que sempre se utilize de meios tecnológicos, pois pode haver profissionais que trabalhem desconectados, que trabalham com projetos por exemplo.

No direito do trabalho brasileiro, o teletrabalho está regulamentado através do art.6º, caput, da CLT, cuja redação foi alterada com a lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que passou inseriu a modalidade de trabalho a distância, para a caracterização de um contrato de trabalho:

“Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

O que percebemos na verdade é a necessidade de verificação das formas da prestação do serviço através do contrato de trabalho, se este dispõe sobre a matéria, quer dizer, se há formas de verificação de cumprimento da jornada.

Então se há uma forma de ser verificado o início e o fim da jornada, a cláusula que dispõe a necessidade do trabalhador estar de sobreaviso por necessidade do serviço se faz aplicar tal súmula 428 do TST, quanto ao acionamento deste trabalhador a qualquer momento. O regime de seu trabalho, por necessidade do serviço requer que esteja de prontidão a qualquer acionamento pela empresa, seria sim, cabível a aplicação da súmula. Conforme jurisprudência ora colacionada:

SOBREAVISO. USO DE CELULAR. DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PAGAMENTO DEVIDO. (...) Em regra, a jornada de trabalho pode ser identificada sob três formas: (1) o tempo efetivamente laborado (jornada "stricto sensu"); (2) o tempo à disposição do empregador (jornada "lato sensu") e (3) o tempo despendido no deslocamento residência trabalho e vice versa (jornada "in itinere"). A esses três tipos pode ser acrescido um quarto, que alberga modalidades de tempo à disposição do empregador decorrentes de normas específicas, positivadas no ordenamento jurídico, tais como o

regime de sobreaviso e o de prontidão (parágrafo parágrafo 2º e 3º, art. 244, CLT). Tanto a prontidão como o sobreaviso incorporam a teoria da alienação, desvinculando a idéia da jornada como tempo de trabalho direto, efetivo, e harmonizando-se perfeitamente com a feição onerosa do contrato de trabalho vez que não se admite tempo à disposição, de qualquer espécie, sem a respectiva paga. Embora o vetusto art. 244, parágrafo 2º vincule o sobreaviso à permanência do trabalhador em casa, sua interpretação deve ser harmonizada com a evolução tecnológica, conferindo aggiornamento e alcance teleológico à norma. Ora, na década de 40 não existia bip, celular, laptop, smartphone etc, pelo que, a permanência em casa era condição "sine qua non" para a convocação e apropriação dos serviços. Em 15.12.2011, o art. 6º da CLT foi alterado passando a dispor que os meios telemáticos e informatizados de controle e supervisão se equiparam aos meios pessoais para fins de subordinação. Por certo o escopo da alteração não é autorizar que a empresa viole o direito ao lazer e ao descanso (arts. 6º da CF/88 e 66 da CLT) para permitir o uso dos avanços tecnológicos sem desligar o trabalhador da prestação de serviço. **Assim, a subordinação no teletrabalho, embora mais amena que a sujeição pessoal, ocorre através de câmeras, sistema de logon e logoff, computadores, relatórios, bem como ligações por celulares, rádios etc. Nesse contexto se deu a reforma da Súmula 428 do C. TST, ficando assegurado, no caso de ofensa à desconexão do trabalho e ao direito fundamental ao lazer, o pagamento de sobreaviso (II, Súmula 428 incidente na espécie)**. Tal exegese vai ao encontro da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais (direito ao lazer e à desconexão), fazendo jus o reclamante ao tempo à disposição sempre que ficou em sobreaviso. Recurso obreiro provido. (TRT-2 - RO: 26781620115020 SP 00026781620115020068 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 25/06/2013, 4ª TURMA, Data de Publicação: 05/07/2013) - (grifos nossos)

Portanto conclui-se que nesse caso, quando o labutador, mesmo após encerrada sua jornada, se fica a disposição do empregador fará jus ao adicional de

sobreaviso, neste caso do trabalhador remoto, também fará jus, mesmo sendo mais difícil de ser verificada essa desconexão, não é impossível de ser identificada, já que com os meios de tecnologia pode haver uma submissão que controle esse tempo à disposição.

Sob a ótica deste trabalho monográfico, a lei 12.551/2011 não contraria a súmula 428 do TST. Basta apenas a caracterização da relação de emprego como para o regime de sobreaviso se faz necessária a presença da subordinação jurídica presente nos artigos. 2º e 3º da CLT e aplicação analógica conforme artigo 244 da CLT, conforme súmula 428 do TST.

Outra questão é a necessidade da regulamentação do teletrabalho, pois a lei 12.551/2011 traz apenas o trabalho remoto, onde equiparou o poder de comando do trabalho virtual ao pessoal, mas não diz como seria essa direção.

Quanto a este aspecto, o teletrabalhador empregado é detentor de diversos direitos igualmente aos trabalhadores que exercem suas atividades de forma direta, devendo apenas ser analisadas as formas nas quais esses trabalhos são exercidos e fiscalizados.

Verificamos que há essa possibilidade, sendo necessário, para tanto, que haja controle das suas atividades e o tempo de trabalho por meio de software (programa de computador) ou tenha horário definido em decorrência do estabelecimento de metas ou por exigências do empregador, se submetendo para tanto ao regime da duração do trabalho, desta forma, ará jus às horas extras, adicional noturno, desde que labore em horário noturno (art.73, § 2º, CLT), intervalos intrajornada e interjornada e demais direitos relativos à duração do trabalho.

Neste contexto, caso trabalhe em fins de semana e não o compense, fará jus o teletrabalhador à remuneração do repouso semanal em dobro, como prevê a súmula 146, do TST. Nesse mesmo sentido, quanto ao tema férias, há julgado:

FÉRIAS. DEMANDA DO EMPREGADOR POR MEIO ELETRÔNICO. INTERRUPTÃO. CONCESSÃO IRREGULAR. DEVER DE REMUNERAR. Na atual sociedade tecnológica e digital, especialmente em tempos do teletrabalho, as questões envolvendo o tempo à disposição do empregador trazem novas perspectivas ao Direito do Trabalho. As incipientes legislação e jurisprudência a respeito do tema exigem a adoção de alguns parâmetros balizadores para a solução das controvérsias. Dentre eles, revela-se crucial determinar de

quem partiu a iniciativa pelo labor. Se do empregado, não há que se falar em obrigação de remunerar; se do empregador, esta se impõe. Demonstrando a correspondência eletrônica **que as férias foram interrompidas para atender às demandas da reclamada**, impõe-se o pagamento respectivo. Recurso provido.(TRT-10 - RO: 310201201210001 DF 00310-2012-012-10-00-1 RO, Relator: Desembargador Dorival Borges de Souza Neto , Data de Julgamento: 20/02/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 08/03/2013 no DEJT) – (grifos nossos).

Portanto, verifica-se que se há como ter um controle do trabalho exercido por meios telemáticos e informatizado, há sim, o dever de resguardar os direitos deste trabalhador, equiparado por força de lei ao trabalhador que exerce o trabalho por meios físicos na empresa ou órgão.

Como podemos perceber a jurisprudência é pacífica no que tange aos direitos do trabalhador que exerce sua atividade a distância, sendo verificado na análise concreta os requisitos da subordinação da relação de trabalho, vejamos:

RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado **não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego**, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Aliás, **considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese** de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação.(TRT-3 - RO: 3197309 00977-2009-129-03-00-7, Relator: Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar, Setima Turma, Data de Publicação: 26/11/2009 25/11/2009. DEJT. Página 97. Boletim: Sim.) – (grifos nossos)

Analisando o caso citado, nota-se que independe onde é exercido o trabalho, em casa (home Office); em telecentros; centros satélites; de forma presencial; etc. Basta apenas que estejam presentes os requisitos do artigo 3º da CLT, quais sejam (pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade).

Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), “o teletrabalho é a forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório e/ou centro de produção, que permita a separação física e que se utilize uma nova tecnologia que facilite a comunicação” (JARDIM, 2003, p. 37).

O trabalho é entendido como todo esforço que o homem, no exercício de sua capacidade física e mental, executa para atingir seus objetivos. Na Organização Internacional do Trabalho, abordou o tema teletrabalho, admitido como espécie do gênero o trabalho à distância, é normatizado pela Convenção 177, de 1996, sobre trabalho a domicílio (anexo 1) e pela Recomendação 184 (anexo 2).

Apesar de não ter sido ratificado pelo Brasil, é importante instrumento de proteção ao trabalho, e observa-se na própria jurisprudência um posicionamento sobre o tema, do trabalho exercido a distância, que pende ao que é abordado na convenção 177 da OIT. Porém é importante informar que foi publicado no diário oficial da União, no dia 10 de setembro de 2015, uma portaria sob o número 1.237, que criou um grupo para analisar as convenções ainda não ratificadas pelo Brasil, incluindo a convenção 177.

O trabalho em domicílio que não é sinônimo de teletrabalho, sendo aquele uma possibilidade deste. Mesmo sendo termos distintos, muitos de seus artigos, da OIT nº 177 e recomendação nº 184, podem ser utilizadas ao teletrabalho, ambas se preocupam com a saúde e a segurança do trabalho, fixando ainda o direito desses trabalhadores a férias, repouso semanal, etc.

Outra questão jurídica de grande importância na esfera trabalhista visa à proteção do trabalhador remoto quanto a promoção da sua saúde física e mental no exercício dessa modalidade de emprego, preceito este garantido pelo artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal, quando a promoção do ambiente laboral mais equilibrado.

Estando este trabalhador suscetível a doenças profissionais e acidentes de trabalho tão quanto ou mais que os trabalhadores que exercem atividade física supervisionada com controle de jornada.

Sabemos que a flexibilização do trabalho pode gerar alguns malefícios como expomos anteriormente neste trabalho monográfico, a falta de controle da jornada pode trazer o excesso de trabalho o que pode colocar em risco a saúde do empregado. Há julgado:

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DOENÇA PROFISSIONAL. CULPA DO EMPREGADOR. EMPREGADO EM DOMICÍLIO. O fato de o empregado trabalhar em

domicílio não constitui, por si só, motivo para eximir o empregador da observância das normas de segurança e medicina do trabalho, colocando o trabalhador à margem da proteção legal que deve abranger "todos os locais de trabalho", sem distinção (artigo 154 da CLT). É certo que não há como exigir do empregador, em semelhante circunstância, a fiscalização cotidiana dos serviços prestados, inclusive quanto à efetiva observância pelo empregado das normas de segurança e medicina, mesmo porque a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, nos termos da garantia estatuída no artigo 5o., inciso XI, da Constituição Federal. Essa particularidade, sem dúvida, constitui elemento que vai interferir na gradação da culpa do empregador em relação a eventual doença profissional constatada, mas não permite isentá-lo do cumprimento de obrigações mínimas, como a de instruir os empregados quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, nos termos do artigo 157, II, da CLT, além de fornecer mobiliário adequado, orientando o empregado quanto à postura correta (artigo 199 da CLT), pausas para descanso, etc. Verificado o descumprimento dessas obrigações primordiais pelo empregador, em face da sua omissão negligente no tocante aos cuidados com a saúde da empregada, é **inegável a sua culpa no surgimento da doença profissional constatada, incidindo sua responsabilidade pela compensação do dano moral sofrido pela obreira.** Processo 00208-2006-143-03-00-2 RO. Desembargador Relator Heriberto de Castro. Juiz de Fora, 02 de setembro de 2008 - (Grifos nossos)

Há várias questões que geram dúvida, referentes ao acidente de trabalho ou quanto a doenças ocupacionais. Como o trabalho é exercido a distância, como seria possível aplicar as normas relativas à segurança do trabalho? Como verificar se o labutador estaria seguindo as recomendações dadas pelo empregador?

Ao que tudo indica, todas essas perguntas serão respondidas pelo Poder Judiciário ao longo do tempo, à medida que as demandas lhe forem apresentadas. Como percebemos nesse caso específico a decisão foi ao entendimento de que o empregador é responsável por doenças profissionais ou acidentes de trabalho sofridos pelos empregados ao executar a atividade laborativa, independentemente do local e da forma como exerçam a atividade, desde ambas sejam conexas ao ofício desenvolvido.

E de fato, não poderia ser diferente, não ter tal entendimento, iria deixar os trabalhadores desprotegidos, o que seria um retrocesso social nas conquistas trabalhistas que levaram tanto tempo para alcançar direitos mínimos, que agora com o avanço e alteração das relações de trabalho não podem retroceder, já que a idéia é de evolução do trabalho e dos direitos trabalhistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ausência de legislação sobre o tema, trabalho remoto, acaba por obrigar a demanda pela judicialização das questões que as envolvem. Constatamos que as normas jurídicas são diretrizes para a normatização da ordem social, com isso observamos que após o positivismo dessas relações sociais, passou o Estado (instituição) a deter o poder de polícia, através da qual o agente governamental impõe aos seus jurisdicionados normas a serem seguidas, estas estabelecidas nos códigos, então exigíveis.

Importante diferenciarmos a realização espontânea da norma e a realização coercitiva da mesma, aquela se baseia em princípios éticos e morais de determinados grupos que por conta própria decidem obedecer a norma tipificadora por questões de seu íntimo por um comportamento moral praticado de livre vontade, ou seja, o indivíduo não procede por ser obrigado pela lei, mas porque entende que sua conduta é a correta, já este é estimulado a obedecer a norma jurídica pela sanção que o descumprimento desta pode lhe acarretar, não leva em consideração o "justo" e o "correto".

Então, quando falamos que a lei 12.551/2011 apenas inseriu no artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas a equiparação do teletrabalhador ao laborador que exerce suas atividades de forma direta e física no ambiente tradicional do trabalho, dizemos que a lei deixou uma lacuna a ser interpretada, pois não estabeleceu como seria essa relação jurídica de subordinação do trabalho.

Com isso, existe a lei que estabeleceu a existência do trabalho remoto no ordenamento jurídico, porém ao mesmo tempo, deixou espaço para a existência de

violação dos direitos trabalhistas, pois só falar que o teletrabalhador é uma figura existente não garante por si só seus direitos, porque a equiparação não é instrumento tão eficaz já que o laborador remoto insere características diferentes nas relações trabalhistas, que não são alcançadas como o trabalhador presencial. Como vimos, no capítulo anterior, os efeitos jurídicos que demonstrou a dificuldade de comprovar a ocorrência, como por exemplo, um acidente de trabalho no ambiente doméstico.

Esperar que a norma seja respeitada de forma voluntária pelo empregador, é ir diretamente ao encontro da fundamentação do sistema capitalista, sabemos que o empregador visa o lucro, como iremos acreditar que por sua “boa vontade” irá respeitar os direitos dos empregados que desempenham sua atividade a distância? Seria ingenuidade, levando em consideração que desrespeitam até as relações reguladas e que são de obediência obrigatória.

Conclui-se então que a criação de normas específicas que regulamentem as variantes surgidas nessa relação de trabalho à distância se faz necessárias, a criação dos critérios mínimos de observância obrigatória iria beneficiar os trabalhadores, que estariam mais protegidos, e, além disso, acreditamos que a problemática da judicialização, iria diminuir ou pelo menos evitaria a interpretação analógica diversas, que por si só, já traria benefício com a uniformização das relações surgidas a lide.

Sabemos que essa questão, o teletrabalho, é analisada pelos tribunais trabalhistas brasileiros, no qual se observam os pressupostos da relação de emprego. Pois é uma modalidade cada vez mais utilizável, por trazer grandes benefícios, como já relatados. O trabalho exercido a distância já é uma realidade nas relações trabalhistas atuais, por isso, não inovou muito a alteração do artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhista através da lei 12.551/2011, em verdade, há uma sensação que falta algo.

Acreditamos que há uma necessidade de uma regulamentação mais detalhada, o que não há, para que se possa ampliar o alcance da lei aos diversos trabalhadores que se inserem nas espécies dessa modalidade de trabalho remoto.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, e o Conselho Nacional de Justiça do Trabalho regulamentaram, aquele em 2012, através da Resolução Administrativa nº 1.499 de 1º de fevereiro de 2012 e este em 2015, mediante a Resolução Administrativa nº 151 de 29 de maio de deste ano (apesar que este já havia se pronunciado quanto ao tema com a resolução nº 109 de 29 de junho de 2012), estabelecem critérios para o desenvolvimento e realização do trabalho a distância, o que tange as suas próprias atividades, mediante controle de acesso e avaliação

permanente do desempenho dos servidores e condições de trabalho, ou aplicando metas a serem objetivadas.

Outros órgãos, como o Tribunal de Contas do Distrito Federal, através da resolução nº 245/2012, e a Receita Federal do Brasil, através da portaria nº 947/2012, também dispõem sobre o tema, dando providências quanto ao desenvolvimento do teletrabalho nos seus órgãos.

Recentemente, em agosto de 2015, uma proposta do Conselho Nacional de justiça, ainda não votada, que se utiliza das experiências desses outros órgãos do Judiciário. De acordo com essa proposta de resolução, o desempenho dos trabalhadores em teletrabalho não será mais medido pelo tempo em que ficam à disposição do tribunal a exemplo do que já vem ocorrendo desde 2012.

Como percebemos os próprios tribunais definiram metas de desempenho que são ou serão realizados fora do ambiente de trabalho. Então porque nas relações no setor privado não há nenhuma regulamentação específica para o desenvolvimento desta modalidade de desenvolvimento do trabalho fora do ambiente físico laboral?

De certo, o sistema não intervencionista do Estado, nas relações privadas, facilita a não fiscalização ao respeito dos direitos trabalhistas, mas entendemos que para o estímulo de investimentos de capitais a intervenção do Estado não seria atrativa.

Essa falta de regulamentação no setor privado traz uma insegurança quanto a esses trabalhadores, que se tornam mais fragilizados, pois não há uma norma, que estabeleça os critérios mínimos do desenvolvimento do trabalho, e com isso o trabalhador fica cada vez mais numa relação de fragilização quanto aos seus direitos trabalhistas.

Faz-se necessário, discriminar a forma pela qual irá ser a prática deste trabalho, como também as formas de subordinação jurídica, supervisão e controle efetivo dos trabalhos exercidos a distância nos setores privados, como vem ocorrendo em alguns órgãos.

Se aplicado de forma adequada o teletrabalho pode trazer grandes vantagens e estímulo ao trabalhador, porém são necessários que sejam seguidos requisitos mínimos para sua implantação, não basta apenas um contrato entre empregador e o labutador, pois se mostra evidente a desigualdade da relação trabalhista, o que pode importar grande prejuízo ao empregado, que poderá ter seus

direitos mitigados nesse tipo de relação por ausência de uma regulamentação específica.

A lei deve se almodar ao avanço da tecnologia, em benefício do trabalhador, pois as relações são dinâmicas e devem adequar-se às mudanças sociais. Não pode a legislação trabalhista ignorar o avanço tecnológico e os seus efeitos na relação de trabalho.

O poder judiciário vem fazendo o seu papel, julgando os casos concretos e tentando suprir a falta de legislação específica, para tanto aplicando analogicamente os mesmos direitos do trabalhador físico ao trabalhador remoto, analisando caso a caso, buscando a defesa dos direitos trabalhistas.

Porém sabemos que a falta de lei específica, deixa em aberto a interpretação diversas, na verdade não há interpretação já que não há lei. O que há, é entendimentos diversos sobre os mesmos assuntos, o que ocasiona uma insegurança jurídica até que seja pacificado um entendimento único.

Para tanto, o poder legislativo deve agir de forma mais eficiente quanto sua função típica, e elaborar normas definidoras de critérios mínimos do trabalho remoto, como vêm ocorrendo aos órgãos judiciários.

Por enquanto nos resta pressionar o poder legislativo para que elabore leis que acompanhem as reais necessidades da mutação social e consigam se adequar as novas relações de trabalho, protegendo o trabalhador, e possibilite que não haja um retrocesso ou uma estagnação dos direitos trabalhistas já alcançados.

Como podemos depreender os princípios são norteadores da hermenêutica jurídica, têm papel primordial para a aplicação da lei ao caso concreto, e em sua ausência, como já falamos, tem papel de fundamentar decisões e preencher lacunas, o próprio artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas traz essa aplicabilidade dentre outras.

O alicerce da Carta Magna é constituído por princípios indispensáveis a integralização da norma jurídica, por isso o legislador derivado têm que se ater a Constituição Federal e aos princípios que lhe regem para buscar a eficiência da aplicação da norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev e ampl. São Paulo: Ltr, 2008.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. São Paulo: 2011. CD ROM Juris Síntese nº 92 - NOV/DEZ de 2011.

BRASIL. Lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011. **Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm> Acesso em 12 de outubro de 2014

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de Julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em 27 de Agosto de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). **Recurso Ordinário nº 00977-2009-129-03-00-7**. Relator: Convocado Jessé Cláudio Franco de Alencar. Minas Gerais, 26 de novembro de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento com Recurso de Revista nº 62141-19.2003.5.10.0011**. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 16 de abril de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 428. **Sobreaviso**. < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428> Acesso em 27 de Agosto de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 146. **Trabalho em domingos e feriados, não compensado**. Disponível em < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-146> Acesso em 27 de Agosto de 2015.

BURGELMAN, Robert A.; CHRISTENSEN, Clayton M.; WHEELWRIGHT, Steven C. **Gestão Estratégica da Tecnologia e da Inovação: Conceitos e Soluções**. 5ª Edição. Porto Alegre: AMGH, 2012.

CASTELLS, M. **La era de la información**. La sociedad real, Madrid, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2005.

DUARTE, Geraldo. **Dicionário de Administração e Negócios**. Livro Digital: ePUBr: 2011.

FERNANDES, R. **Tecnologia, aquisição, desenvolvimento, proteção, transferência e comercialização**. Rio de Janeiro: Quadratim, 1998.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização Trabalhista**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOULART, Joselma Oliveira. **Teletrabalho – alternativa de trabalho flexível**. Brasília: SENAC, 2009.

GONZAGA DE SOUSA, Luis (2014). **Ensaio de Economia**. Edición Electrónica. Texto Completo in: www.eumed.net/cursecon/libreria/

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: LTr, 2003.

KUGELMASS, Joel. **Teletrabalho: novas oportunidades para o trabalho flexível**. São Paulo: Atlas, 1996.

LIMA, Jacob Carlos, org. **Ligações perigosas: trabalho flexível e trabalho associado**. São Paulo: Annablume, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Cícero Fernandes. **Estratégia de Gestão da Produção e Operações**. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.

OLIVEIRA, Fátima Bayma de. **Tecnologia da informação e da comunicação: articulando processos, métodos e aplicações**. Rio de Janeiro: E-papers: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica a saúde do trabalhador**- 5ª Edição- São Paulo: LTR, 2010.

PEDREIRA, Pinho. **O Teletrabalho**. In Revista LTR, Vol. 64, nº 05. São Paulo: LTR, 2000.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

RAINER JR., R. KELLY; GEGIELSKI, CASEY G.. **Introdução a Sistemas de Informação: apoiando e transformando negócios na era da mobilidade**. Tradução de Multinet produtos. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado, vol I: Parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TOFLER, Alvin. **A terceira onda**. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

VILELA, Fábio Goulart. **Manual de direito do trabalho: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego-Estrutura Legal e Supostos**. 2.ª ed., LTR. 1999.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005

VERRI, Lewton Burity. **Iniciação a Administração e Controle da Produção: produção ao menor custo**. Ebook: Clube de Autores, 2015.

WU, Tim. Traduzido por Cláudio Carina **Impérios da Comunicação - do Telefone À Internet, da At&t ao Google**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ANEXO 1

C177 - Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177)

***Convenio sobre el trabajo a domicilio (Entrada en vigor: 22 abril 2000)
Adopción: Ginebra, 83ª reunión CIT (20 junio 1996) - Estatus: Instrumento
actualizado (Convenios Técnicos).***

Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 de junio de 1996, en su octogésima tercera reunión;

Recordando que muchos convenios y recomendaciones internacionales del trabajo que establecen normas de aplicación general relativas a las condiciones de trabajo son aplicables a los trabajadores a domicilio;

Tomando nota de que las condiciones particulares que caracterizan al trabajo a domicilio incitan a mejorar la aplicación de esos convenios y recomendaciones a los trabajadores a domicilio, así como a complementarlos con normas que tengan en cuenta las características propias del trabajo a domicilio;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al trabajo a domicilio, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha veinte de junio de mil novecientos noventa y seis, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996:

Artículo 1

A los efectos del presente Convenio:

(a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

(i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;

(ii) a cambio de una remuneración;

(iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;

(b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;

(c) la palabra empleador significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

Artículo 2

El presente Convenio se aplica a toda persona que realiza trabajo a domicilio, tal y como se define en el anterior artículo 1.

Artículo 3

Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional en materia de trabajo a domicilio destinada a mejorar la situación de los trabajadores a domicilio, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas y, cuando las haya, con las organizaciones que se ocupan de los trabajadores a domicilio y las organizaciones de los empleadores que recurren a trabajadores a domicilio.

Artículo 4

1. En la medida de lo posible, la política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa.

2. La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de:

(a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades;

(b) a protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación;

(c) la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo;

(d) la remuneración;

(e) la protección por regímenes legales de seguridad social;

(f) el acceso a la formación;

(g) la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo;

(h) la protección de la maternidad.

Artículo 5

La política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá aplicarse por medio de la legislación, de convenios colectivos, de laudos arbitrales o de cualquier otra vía procedente y compatible con la práctica nacional.

Artículo 6

Deberán tomarse medidas apropiadas para que, siempre que sea posible, las estadísticas del trabajo abarquen el trabajo a domicilio.

Artículo 7

La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio.

Artículo 8

Cuando esté permitido el recurso a intermediarios en el trabajo a domicilio, las responsabilidades respectivas de los empleadores y de los intermediarios deberán determinarse mediante la legislación o decisiones judiciales, de conformidad con la práctica nacional.

Artículo 9

1. Un sistema de inspección compatible con la legislación y la práctica nacionales deberá garantizar el cumplimiento de la legislación aplicable al trabajo a domicilio.

2. Deberán preverse y aplicarse de manera efectiva medidas apropiadas, que incluyan, cuando proceda, sanciones, para los casos de infracción de dicha legislación.

Artículo 10

El presente Convenio no menoscaba las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores a domicilio en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

Artículo 11

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 12

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 13

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 14

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas

ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 15

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 16

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 17

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

(a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 13, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

(b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 18

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO 2

R184 - Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184)

Recomendación sobre el trabajo a domicilio Adopción: Ginebra, 83^a reunión CIT (20 junio 1996) - Estatus: Instrumento actualizado.

Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 de junio de 1996, en su octogésima tercera reunión;

Recordando que muchos convenios y recomendaciones internacionales del trabajo que establecen normas de aplicación general relativas a las condiciones de trabajo son aplicables a los trabajadores a domicilio;

Tomando nota de que las condiciones particulares que caracterizan al trabajo a domicilio incitan a mejorar la aplicación de esos convenios y recomendaciones a los trabajadores a domicilio, así como a complementarlos con normas que tengan en cuenta las características propias del trabajo a domicilio;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al trabajo a domicilio, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complemente el Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996, adopta, con fecha veinte de junio de mil novecientos noventa y seis, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996:

I. Definiciones y campo de aplicación

1. A los efectos de la presente Recomendación:

(a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

(i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;

(ii) a cambio de una remuneración;

(iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;

(b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos de la presente Recomendación por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;

(c) la palabra empleador significa toda persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

2. *La presente Recomendación se aplica a toda persona que realiza trabajo a domicilio, tal y como se define en el anterior párrafo 1.*

II. Disposiciones generales

3.

(1) Todo Miembro debería, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, designar una o varias autoridades encargadas de definir y aplicar la política nacional en materia de trabajo a domicilio a que se refiere el artículo 3 del Convenio.

(2) En la medida de lo posible, al definirse y aplicarse dicha política nacional, debería recurrirse a órganos tripartitos o a organizaciones de empleadores y de trabajadores.

(3) Si no hay organizaciones que se ocupan de los trabajadores a domicilio u organizaciones de empleadores que recurren a trabajadores a domicilio, la autoridad o las autoridades a que se refiere el anterior subpárrafo 1) deberían adoptar medidas apropiadas para que esos trabajadores y esos empleadores tengan la oportunidad

de dar a conocer sus opiniones sobre dicha política nacional y sobre las disposiciones adoptadas con el fin de aplicarla.

4. Se deberían recopilar y mantener actualizadas informaciones precisas, incluidos datos desglosados por sexo, acerca de la extensión y las características del trabajo a domicilio, que sirvan de base a la política nacional en materia de trabajo a domicilio y a las disposiciones adoptadas con el fin de aplicarla. Esas informaciones deberían publicarse y ponerse a disposición del público.

5.

(1) Al trabajador a domicilio se le debería mantener informado acerca de sus condiciones de empleo específicas, por escrito o de cualquier otro modo que sea conforme a la legislación y la práctica nacionales.

(2) Debería constar en dicha información, en particular:

(a) el nombre y la dirección del empleador y, cuando lo haya, del intermediario;

(b) la escala o tasa de remuneración y sus métodos de cálculo;

(c) el tipo de trabajo que deberá realizarse.

III. Control del trabajo a domicilio

6. La autoridad nacional y, cuando proceda, la autoridad regional, local o sectorial competente, deberían disponer que se registren los empleadores que recurren a trabajadores a domicilio y, en su caso, los intermediarios que utilizan esos empleadores. Dicha autoridad debería indicar a los empleadores las informaciones que deberían facilitarle o tener a su disposición con ese fin.

7.

(1) El empleador debería tener la obligación de informar a la autoridad competente cuando da trabajo a domicilio por primera vez.

(2) El empleador debería llevar un registro de todos los trabajadores a domicilio a los que da trabajo, desglosado por sexo.

(3) El empleador debería llevar también un registro del trabajo encomendado a cada trabajador a domicilio, en el que se indique:

- (a) el plazo fijado para su realización;*
 - (b) la tasa de remuneración;*
 - (c) los costos asumidos, en su caso, por el trabajador a domicilio y el importe de los reembolsos correspondientes;*
 - (d) las deducciones efectuadas con arreglo a la legislación nacional;*
 - (e) la remuneración bruta devengada, la remuneración neta pagada y la fecha del pago.*
- (4) Debería entregarse al trabajador a domicilio una copia del registro a que se refiere el anterior subpárrafo 3).*

8. *En la medida en que sea compatible con la legislación y la práctica nacionales relativas al respeto de la vida privada, los inspectores de trabajo u otros funcionarios encargados de velar por la aplicación de las disposiciones que rigen el trabajo a domicilio deberían estar autorizados a entrar en las partes del domicilio o de otro local privado en las que se realiza ese trabajo.*

9. *En caso de violaciones graves o repetidas de la legislación aplicable al trabajo a domicilio, se deberían adoptar medidas apropiadas, incluida la posibilidad de que se prohíba dar trabajo a domicilio, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.*

IV. Edad mínima

10. *La legislación nacional relativa a la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo debería aplicarse al trabajo a domicilio.*

V. Derecho de sindicación y derecho a la negociación colectiva

11. *Las restricciones legislativas o administrativas u otros obstáculos:*

(a) al ejercicio del derecho de los trabajadores a domicilio a constituir sus propias organizaciones o a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que escojan y a participar en las actividades de esas organizaciones;

(b) al ejercicio del derecho de las organizaciones de trabajadores a domicilio a afiliarse a federaciones o confederaciones sindicales, deberían ser identificados y suprimidos.

12. *Deberían adoptarse medidas destinadas a fomentar la negociación colectiva como medio para fijar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores a domicilio.*

VI. Remuneración

13. *Deberían fijarse tasas salariales mínimas para el trabajo a domicilio, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.*

14.

(1) Las tasas de remuneración de los trabajadores a domicilio deberían fijarse preferentemente por medio de la negociación colectiva o, en su defecto, mediante:

(a) decisiones de la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, así como con las organizaciones que se ocupan de los trabajadores a domicilio y las organizaciones de empleadores que recurren a trabajadores a domicilio o, cuando estas últimas no existen, con representantes de esos trabajadores y de esos empleadores;

(b) otros mecanismos apropiados de fijación de los salarios en los ámbitos nacional, sectorial o local.

(2) Cuando las tasas de remuneración no se fijen por uno de los medios que se indican en el anterior subpárrafo 1), dichas tasas deberían fijarse mediante acuerdo entre el trabajador a domicilio y el empleador.

15. *Para un trabajo determinado que se pague a destajo, la tasa de remuneración aplicada al trabajador a domicilio debería ser comparable a la que percibe un trabajador ocupado en la empresa del empleador o, cuando no lo haya, en otra empresa de la rama de actividad y de la región correspondientes.*

16. *Los trabajadores a domicilio deberían percibir una compensación por:*

(a) los gastos relacionados con su trabajo, como los relativos al consumo de energía y de agua, las comunicaciones y el mantenimiento de máquinas y equipos;

(b) el tiempo dedicado al mantenimiento de máquinas y equipos, al cambio de herramientas, a la clasificación, al embalaje y desembalaje y a otras operaciones similares.

17.

(1) La legislación nacional relativa a la protección del salario debería aplicarse a los trabajadores a domicilio.

(2) La legislación nacional debería garantizar que las deducciones se determinen según criterios preestablecidos y debería proteger a los trabajadores a domicilio de las deducciones injustificadas que pudieran hacerse en razón de un trabajo defectuoso o de materiales deteriorados.

(3) Los trabajadores a domicilio deberían ser pagados a la entrega de cada trabajo terminado o a intervalos regulares que no excedan de un mes.

18. *Cuando se utiliza un intermediario, se le debería considerar solidariamente responsable con el empleador del pago de la remuneración debida al trabajador a domicilio, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.*

VII. Seguridad y salud en el trabajo

19. *La autoridad competente debería asegurar la difusión de directrices relativas a las disposiciones reglamentarias y las precauciones que los empleadores y los trabajadores a domicilio habrán de observar en materia de seguridad y salud. Siempre que sea posible, estas directrices deberían ser traducidas a los idiomas que comprendan los trabajadores a domicilio.*

20. *Los empleadores deberían tener la obligación de:*

(a) informar a los trabajadores a domicilio acerca de cualquier riesgo relacionado con su trabajo, que conozca o debería conocer el empleador, señalarles las precauciones que fuese necesario adoptar y, según proceda, facilitarles la formación necesaria;

(b) garantizar que las máquinas, herramientas u otros equipos que faciliten a los trabajadores a domicilio estén provistos de los dispositivos de seguridad adecuados y adoptar medidas razonables con el fin de velar por que sean objeto del debido mantenimiento;

(c) facilitar gratuitamente a los trabajadores a domicilio el equipo de protección personal necesario.

21. *Los trabajadores a domicilio deberían tener la obligación de:*

(a) respetar las medidas prescritas en materia de seguridad y salud;

(b) cuidar razonablemente de su seguridad y su salud, así como de las de otras personas que pudieran verse afectadas por sus actos u omisiones en el trabajo, incluida la correcta utilización de los materiales, máquinas, herramientas y otros equipos puestos a su disposición.

22.

(1) El trabajador a domicilio que se niegue a realizar un trabajo respecto del cual tenga motivos razonables para considerar que presenta un peligro inminente y grave para su seguridad o su salud, debería ser protegido de las consecuencias indebidas de un modo compatible con la legislación y las condiciones nacionales. El trabajador debería informar cuanto antes al empleador acerca de la situación.

(2) En caso de peligro inminente y grave para la seguridad o la salud del trabajador a domicilio, de su familia o del público, constatado por un inspector del trabajo u otro funcionario encargado de la seguridad, debería prohibirse la continuación del trabajo hasta que se adopten las medidas apropiadas para remediar la situación.

VIII. Horas de trabajo, períodos de descanso y licencias

23. El plazo fijado para terminar un trabajo no debería privar al trabajador a domicilio de la posibilidad de disfrutar de un tiempo de descanso diario y semanal comparable al que tienen los otros trabajadores.

24. La legislación nacional debería fijar las condiciones en las cuales los trabajadores a domicilio deberían disfrutar de días festivos retribuidos, vacaciones anuales remuneradas y licencias de enfermedad pagadas, al igual que los otros trabajadores.

IX. Seguridad social y protección de la maternidad

25. Los trabajadores a domicilio deberían recibir protección en materia de seguridad social. Esta protección podría otorgarse mediante:

(a) la extensión de los regímenes existentes de seguridad social a los trabajadores a domicilio;

(b) la adaptación de los regímenes de seguridad social para que amparen a los trabajadores a domicilio; o

(c) la creación de cajas o regímenes especiales para los trabajadores a domicilio.

26. La legislación nacional sobre la protección de la maternidad debería aplicarse a los trabajadores a domicilio.

X. Protección en los casos de terminación de la relación de trabajo

27. Los trabajadores a domicilio deberían disfrutar de la misma protección que los otros trabajadores en caso de terminación de la relación de trabajo.

XI. Solución de conflictos

28. La autoridad competente debería asegurarse de que existen mecanismos para la solución de conflictos entre un trabajador a domicilio y un empleador o, cuando proceda, un intermediario utilizado por el empleador.

XII. Programas relativos al trabajo a domicilio

29.

(1) Todo Miembro, actuando en colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, debería promover y apoyar programas que:

(a) informen a los trabajadores a domicilio acerca de sus derechos y de los tipos de asistencia que pueden recibir;

(b) contribuyan a concienciar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, a las organizaciones no gubernamentales y al público en general respecto de las cuestiones relacionadas con el trabajo a domicilio;

(c) faciliten la organización de los trabajadores a domicilio en las organizaciones que escojan, incluidas las cooperativas;

(d) proporcionen a los trabajadores a domicilio una formación que les permita mejorar su grado de calificación (incluidas las calificaciones no tradicionales y su aptitud para dirigir y negociar) y su productividad, así como ampliar sus posibilidades de empleo y su capacidad para obtener ingresos;

(e) ofrezcan una formación lo más cercana posible al domicilio del trabajador y que no requiera la posesión de calificaciones innecesarias;

(f) mejoren la seguridad y la salud de los trabajadores a domicilio, por ejemplo, facilitando su acceso a equipos, herramientas, materias primas y otros materiales indispensables que sean seguros y de buena calidad;

(g) faciliten la creación de centros y redes de trabajadores a domicilio para proporcionarles información y servicios y disminuir su aislamiento;

(h) faciliten el acceso al crédito, a mejores condiciones de vivienda y al cuidado de los niños;

(i) contribuyan al reconocimiento del trabajo a domicilio como una experiencia laboral válida.

(2) Debería garantizarse que los trabajadores a domicilio de las zonas rurales tengan acceso a estos programas.

(3) Deberían adoptarse programas específicos destinados a erradicar el trabajo infantil en el ámbito del trabajo a domicilio.

XIII. Acceso a la información

30. *Siempre que sea factible, la información relativa a los derechos y a la protección de los trabajadores a domicilio y a las obligaciones de los empleadores con respecto a ellos, así como los programas a los que se refiere el párrafo 29, deberían facilitarse en los idiomas que comprendan los trabajadores a domicilio.*

IPTU: UMA ABORDAGEM ACERCA A EXTRAFISCALIDADE

RICARDO SCRAVAJAR GOUVEIA:

Advogado

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo averiguar se o imóvel urbano do contribuinte pode ser eventualmente confiscado pelo imposto denominado IPTU (Imposto Sobre Propriedade Territorial Urbana), por meio da aplicação da progressividade extrafiscal de alíquotas, no tempo, ou seja, em razão da utilização da função extrafiscal do IPTU, cuja finalidade é distinta da fiscal ou arrecadatória. A aplicação da progressividade extrafiscal, contudo, tem como pressuposto a não observância do princípio da função social da propriedade urbana pelo contribuinte. A compreensão do tema discutido, no entanto, perpassa também pela análise do princípio do não confisco, norma jurídica que delimita a atuação do Poder Público no que diz respeito à tributação do patrimônio do particular.

PALAVRAS-CHAVE: Extrafiscalidade. IPTU. Progressividade. Princípio do não confisco.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo estudar a extrafiscalidade do imposto sobre propriedade predial urbana (IPTU), função da tributação de grande importância para viabilizar a ordenação da cidade e o progresso urbano, no intuito de incentivar o bom uso do imóvel e combater irregularidades e atos ilícitos advindos de atos praticados pelos contribuintes.

O problema específico a ser esclarecido neste artigo diz respeito à análise da possibilidade de confisco, pela utilização da progressividade extrafiscal do IPTU, do imóvel urbano do sujeito passivo, quando este utiliza seu imóvel sem observar a função social da propriedade.

Iremos dirimir a dúvida levantada esmiuçando a matéria em cada seção e subseção, utilizando na pesquisa a doutrina, a jurisprudência e a legislação nacional.

No tópico inicial, faremos um estudo sobre o Sistema Tributário Nacional, apresentando o conceito de tributo, as espécies tributárias e suas características.

Em seguida, será enfatizado o estudo do IPTU, apresentando as noções introdutórias sobre o referido tributo, tais como: sujeito ativo e passivo, fato gerador, base de cálculo e alíquotas.

Logo após, trataremos da extrafiscalidade do IPTU, do princípio do não confisco e da função social do imóvel.

Por fim, será dado enfoque ao tema da progressividade fiscal e extrafiscal do IPTU, no intuito de averiguar se é possível confiscar a propriedade do contribuinte por meio da utilização da progressividade extrafiscal.

1 SISTEMA NACIONAL TRIBUTÁRIO

1.1 Conceito

No âmbito do Direito, conceituamos o Sistema Tributário Nacional como um conjunto harmônico, interdependentes, lógico e coerente de normas tributárias, destinadas a implementar uniformemente no território brasileiro a tributação, respeitando o pacto federativo, dotando de receita os entes que compõem a federação (CARNEIRO, p. 345, 2019).

Segundo Machado (2010, p. 283),

Não obstante significasse, originariamente, reunião ou conjunto, a palavra sistema modernamente significa o conjunto organizado de partes relacionadas entre si e interdependentes. No Brasil só se pode afirmar a existência, no plano constitucional, de um sistema tributário, tomada a palavra *sistema* em sentido moderno, a partir da Emenda Constitucional nº 18 de 1965.

O Sistema Tributário Nacional é composto por regras constitucionais de natureza tributária, formando um conjunto unitário e ordenado, subordinados aos princípios constitucionais, reciprocamente harmônicos que forma os elementos constitutivos do Estado, sendo a própria Constituição (MAZZA, 2015, p. 81).

O Código Tributário Nacional (CTN) contém as regras gerais cabível à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, propícios aos tributos, fixando os fatos geradores e seus principais aspectos (CASSONE, 2018, p. 28).

De acordo com Cassone (2018, p. 29),

Na hierarquia inferior temos as *normas* ordinárias que constituem as leis Ordinárias (da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, dependendo da competência tributária), que instituem os tributos. Finalmente, vêm os atos legais chamados executórios (porque tornam exequíveis as leis ordinárias), como os Decretos (expedidos pelos chefes dos Poderes Executivos), as Portarias (expedidas pelos ministros e

secretários de Governo), as Instruções Normativas, Ordens de Serviços e etc. (expedidas pelos chefes das repartições), e que são denominadas de *atos legais*, porque não podem dispor diversamente do previsto nas leis.

Portanto, a expressão “sistema” é a ideia de uma unidade de um conjunto harmônico de um todo interligado (CARNEIRO, 2019, p. 346).

Já expressão “tributário”, significa que esse sistema se relaciona aos tributos, conforme interpretações dos artigos 145, 148 e 149, todos da Constituição Federal (CARNEIRO, 2019, p. 346).

Por fim, “nacional”, pois em função do pacto federativo o sistema se refere à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme previsão legal normativa; artigos 1º, 18 e 60 da Constituição Federal (CARNEIRO, 2019, p. 346).

Carneiro destaca ainda que (2019, p. 346):

O STN possui normas permissivas e proibitivas. As permissivas são ligadas à competência tributária. Já as proibitivas estão ligadas às limitações constitucionais ao poder de tributar, bem como às demais vedações constitucionais que não se enquadram nas hipóteses anteriores. Exemplificadas nesta categoria com os artigos 150º, 151º e 152º, todos da Constituição Federal.

Importante destacar, por fim, que a Constituição expressa os princípios e as normas a serem observadas; o Código Tributário Nacional trata das regras gerais; e a lei ordinária, como norma, viabilizando tais princípios e regras, estabelece minuciosamente as incumbências e os direitos dos sujeitos passivos (CASSONE, 2018, p. 29).

1.2 Definição de tributo

Amaro (2006, p. 25) define tributo como toda prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público.

Segundo Machado (2010, p. 61), em princípio, não é função da lei conceituar. A lei deve conter uma regra de comportamento. Entretanto, em face das controvérsias, às vezes deve a lei estabelecer conceitos, isto aconteceu com o conceito de tributo, que é atualmente, no Brasil, é legalmente determinado.

Nesse sentido, o art. 3º do Código Tributário Nacional prescreve que: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

As prestações pecuniárias são justamente aquelas em moeda. Após a LC 104/2001 acrescentou no inciso XI do art. 56 do CTN que estabeleceu o pagamento em bens imóveis para extinção do crédito tributário (ALEXANDRE, 2017, p. 45).

Salienta-se também Ricardo Alexandre que (2017, p. 45):

[...] não se pode tornar a autorização como uma derrogação da definição de tributo no ponto em que se exige que a prestação seja "em moeda". Pois o próprio dispositivo oferece a alternativa "ou cujo valor nela [em moeda] se possa exprimir". Assim, é lícito entender que o CTN permite a quitação de créditos tributários mediante a entrega de outras utilidades que possam ser expressas em moedas, desde que tais hipóteses estejam previstas no próprio texto do Código, que no seu art. 141 afirma que o crédito tributário somente se extingue nas hipóteses nele previstas.

Paulo de Barros Carvalho destaca (2019, pp. 61-62) que "instituída em lei" significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Ou seja, ao mencionar instituído em lei, automaticamente são afastadas as obrigações convencionais que teriam fulcro, invariavelmente, numa convergência de vontades.

Com isso, entretanto, abraça o legislador tributário a clássica divisão das obrigações em *ex lege* e *ex voluntate*, consoante o surgimento da lei ou da vontade das partes (CARVALHO, 2019, p. 62).

Alexandre (2017, p. 48) salienta que o tributo não tem finalidade sancionatória, mas visa arrecadar e intervir em situações sociais e econômicas. Já a multa é sanção por ato ilícito, não visa arrecadar, mas coibir a conduta ilícita.

No entanto, Amaro (2006, p. 26). Registra o caráter não sancionatório do tributo, dele distinguindo-se, portanto, as prestações pecuniárias que configurem punição de infrações.

Consoante a Alexandre (2017, p. 50). A vinculação da atividade de cobrança do tributo decorre do fato de ele ser instituído por lei e se configurar como uma

prestação compulsória. A autoridade tributária não pode analisar se é conveniente, se é oportuno cobrar o tributo.

A cobrança é feita de maneira vinculada, sem concessão de qualquer margem de discricionariedade ao administrador. Mesmo que o fiscal, o auditor ou o procurador se sensibilizem com uma situação concreta devem cobrar o tributo (ALEXANDRE, 2017, p. 51).

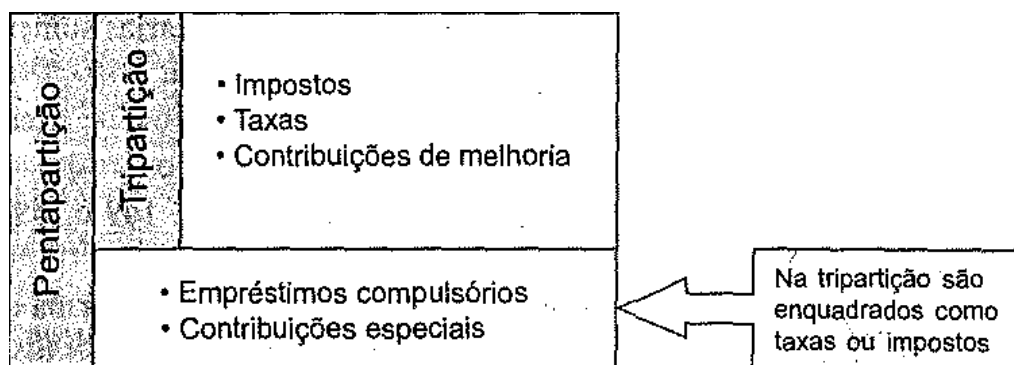
Assim, restam excluídas do conceito de tributo certas prestações, como a de alimentos, ou a de pagar gratificação natalina aos empregados, não obstante se trate de obrigações impostas pela lei e não de deveres estabelecidos pela vontade das partes (AMARO, 2006, p. 26).

1.3 Espécies tributárias

Quanto às espécies tributárias, de acordo com o art. 5 do CTN, são tributos: impostos, taxas e contribuição de melhoria.

A Constituição Federal, por sua vez, nos termos dos arts. 148 e 149, estabelece mais duas espécies de tributos: empréstimos compulsórios e contribuições sociais.

Alexandre (2017, p. 54), ao se debruçar sobre o tema, lembra que o Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria da pentapartição, conforme demonstrado na figura abaixo:



Enfim, neste trabalho, parte-se do pressuposto de que são espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

1.3.1 Impostos

O Código Tributário Nacional, no art. 16, define imposto como “o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Luciano Amaro, por sua vez, entende que:

O fato gerador do imposto é uma situação (por exemplo, aquisição de renda, prestação de serviços etc.) que não supõe nem se conecta com nenhuma atividade do Estado especificamente dirigida ao contribuinte. Ou seja, para exigir imposto de certo indivíduo, não é preciso que o Estado lhe preste algo determinado. A atuação do Estado dirigida a prover o bem comum beneficia o contribuinte, mas este frui das utilidades que o Estado fornece porque é membro da comunidade e não por ser contribuinte. Se o fato gerador do imposto não é um ato do Estado, ele deve configurar uma situação à qual o contribuinte se vincula. O legislador deve escolher determinadas situações materiais (por exemplo, aquisição de renda) evidenciadoras de capacidade contributiva, tipificando-as como fatos geradores da obrigação tributária. As pessoas que se vinculam a essas situações (por exemplo, as pessoas que adquirem renda) assumem o dever jurídico de pagar o imposto em favor do Estado (AMARO, 2006, p. 30).

Podemos dizer que o imposto é um tributo, por excelência, de finalidade fiscal, ou seja, de cunho meramente arrecadatório. É uma espécie tributária cujo fato gerador não está vinculado a nenhuma atividade estatal diretamente relacionada com o contribuinte (CARNEIRO, 2019, p. 251).

Nos termos da Constituição federal, os impostos devem observar a capacidade econômica do contribuinte:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos; [...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

O imposto é um modelo de tributo que tem por hipótese de incidência um fato qualquer, não tem atuação estatal. Mesmo assim, Geraldo Ataliba chama o imposto de tributo não vinculado (CARRAZA, 2002, p. 463).

Como destaca Carraza (2002, p. 463), “[...] Os impostos são, pois, prestações pecuniárias desvinculadas de qualquer relação de troca ou utilidade”.

O mesmo autor destaca, por fim, que alguns juristas chamam o tributo de sem causa, pois não há necessidade de oferecer contraprestação direta a quem o paga (CARRAZA, 2002, p. 464).

1.3.2 Taxas

A taxa é um tributo vinculado. Seu carácter é ligado a uma atividade estatal específica. Ao contrário do imposto. O seu pagamento é uma contraprestação do contribuinte pelo serviço que lhe presta e a vantagem que lhe proporciona (MACHADO, 2010, p. 443).

Segundo Carneiro (2019, p. 263),

Essa vinculação se dá em razão de uma atividade estatal específica, seja o exercício regular do poder de polícia, seja a utilização efetiva ou potencial de um serviço de um serviço público essencial, específico e divisível. Assim, verifica-se que a materialidade do fato gerador da taxa (hipótese de incidência) é sempre um fato produzido pelo estado (serviço público ou um ato de polícia) em prol do administrado, ou seja, um fato realizado pelo estado diretamente relacionado (vinculado) ao contribuinte.

Conforme Carvalho (2019, p. 71), as taxas têm características que apresentam hipótese de norma, descrição de atividade estatal direta e especificada ao contribuinte, e sua base cálculo deve exibir a medida de intensidade de participação do Estado.

O fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado, ou seja, de todos os entes federativos, por isso as taxas possuem dois fatos geradores distintos (BRASIL, 1988).

O art. 145, § 2, da Constituição Federal prevê que a taxa não poderá ter à base de cálculo própria de impostos (BRASIL, 1988):

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

[...]

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos (BRASIL, 1988).

O contribuinte da taxa será a pessoa que provoca a atuação estatal caracterizada pelo exercício do poder de polícia, ou a pessoa a quem seja prestada (ou à disposição de quem seja colocada) a atuação do Estado traduzida num serviço público divisível. Temos assim, taxa de polícia e taxa de serviço (AMARO, p. 32, 2006).

Carvalho (2019, p. 71) adverte que, caso o legislador mencione a existência de taxa, mas eleja a base de cálculo mensuradora de fato estranho a qualquer atividade estatal, então a espécie tributária será outra, naturalmente um imposto.

Frise-se, por fim, que a expressão taxa, por ser uma expressão muito usada no contexto social, pode gerar uma série de dúvidas. Assim, a taxa considerada como tributo, diversamente do imposto, é de natureza vinculada e de competência comum a todos os entes federativos (CARNEIRO, 2019, p. 262).

1.3.3 Contribuição de melhoria

Os entes federativos podem instituir contribuições de melhorias decorrentes de obras públicas, conforme prescreve o art. 145, III, da CF:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (BRASIL, 1988).

A contribuição de melhoria tem caracterização especial e própria, neste caso foi tratada como espécie distinta do imposto e da taxa. Seu caráter vinculado, seu fato gerador adstrito a atividade estatal, específica e relativa ao contribuinte (MACHADO, 2010, p. 458).

De acordo com o art. 3º do Decreto nº 195, de 24 de fevereiro de 1967:

Art. 3º A Contribuição de Melhoria a ser exigida pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios para fazer face ao custo das obras públicas, será cobrada pela Unidade Administrativa que as realizar, adotando-se como critério o benefício resultante da obra, calculado através de índices cadastrais das respectivas zonas de influência, a serem fixados em regulamentação deste Decreto-lei de acordo com os parágrafos; § 1º, § 2º, § 3º e § 4º Reputam-se feitas pela União as obras executadas pelos Territórios (DECRETO, 1967, Nº 195).

O tributo é vinculado e é de competência comum (União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios), e pouco utilizado pelos estados. A vinculação da contribuição de melhoria é diferente das taxas, pois se dá em relação a dois requisitos: realização de obra pública e valorização imobiliária (CARNEIRO, 2019, p. 292).

Nesse sentido, o art. 81 do Código Tributário Nacional prescreve que:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (DECRETO, 1966).

A hipótese de incidência da contribuição de melhoria não está diretamente ligada ao proprietário do imóvel, mas a realização de obra pública que valorize o bem. Sua base de cálculo é o acréscimo valorativo que gera ao imóvel decorrente dessa obra pública (CARRAZA, 2002, p. 497).

1.3.4 Empréstimos compulsórios

O empréstimo compulsório é um ingresso de recursos temporário nos cofres do Estado, pois a arrecadação acarreta para o Estado a obrigação de restituir a importância que foi emprestada (AMARO, 2006, p. 52).

Na locução "empréstimo compulsório", que a doutrina designa como "empréstimo forçado", o adjetivo expressa que o nascimento da obrigação de prestar é determinado pela lei. Não sendo fruto da vontade do sujeito da relação tributária (AMARO, 2006, p. 51).

Assim, importa destacar o que prescreve o art. 148 da Constituição Federal:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir os empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Vê-se que o empréstimo compulsório é um tributo de competência privativa da União, instituído mediante lei complementar, de caráter vinculado a despesa que fundamentou sua instituição, incabível sua criação, mesmo mediante delegação, pelo Estado, Distrito Federal ou Município.

Mazza destaca (2015, p. 171) que o art. 4 do CTN não se aplica ao empréstimo compulsório, pois, o fato gerador pode ser idêntico a outros tributos, admitindo-se bitributação, dependendo do fato gerador escolhido pelo legislador esse tributo pode ser vinculado ou desvinculado a uma atividade estatal.

1.3.5 Contribuições especiais

Segundo Mazza (2015, p. 182), as contribuições especiais são tributos finalísticos, qualificados pela destinação. Assim, o elemento que confere identidade às contribuições, diante dos demais tributos, é a finalidade para a qual são instituídas.

Condicionando a validade da exigência do tributo à ocorrência do fato gerador que foi qualificado pela Constituição. Significa dizer que a incidência desse tributo está condicionada à exteriorização da situação jurídico-econômica para custeio do sistema da previdência social (CARNEIRO, 2019, p. 316).

Validação finalística é a edição da norma jurídica que pressupõe o alcance de um determinado resultado. Aqui, diferentemente da hipótese anterior, a finalidade da norma é modificar a realidade concreta. A constituição da República indica uma finalidade a ser atingida, passando a ser o parâmetro da validade da exigência. Podemos citar, como exemplo a instituição de novas contribuições sociais (CARNEIRO, 2019, p. 317).

Os recursos das contribuições especiais não são destinados às despesas genéricas do Estado, e por isso alguns autores lhe negam a natureza de tributo, já que estão ligados a uma finalidade da sociedade.

As contribuições parafiscais (ou especiais) não têm fato gerador próprio, distinguindo-se pela destinação à finalidade. Têm fato gerador de imposto, inclusive repetindo os fatos geradores e bases de cálculos destes, mas não contribuições pela destinação ao setor da ordem social (CARNEIRO, 2019, p. 318).

Em segundo lugar, elas visam a preencher os cofres dos entes autônomos, revertendo a sua arrecadação para um orçamento autônomo, distinto do orçamento comum da união federal (CARNEIRO, 2019, p. 318).

Por fim, as contribuições especiais, em regra, possuem natureza parafiscal, tendo como finalidade o desenvolvimento de atividades especializadas privadas (CARNEIRO, 2019, p. 319).

Conforme Mazza (2015, p. 184), muitos nomes diferentes têm sido utilizados para fazer referência à quinta espécie tributária: "contribuições", "contribuições especiais", "contribuições sociais", "contribuições parafiscais".

O custeio dos integrantes de um grupo a que se refere a atividade estatal é característica essencial às contribuições, denominando-se referibilidade. Não pressupõe benefício para o contribuinte, mas que a ele se relacione a atividade enquanto integrante de determinado grupo (PULSEN, 2017, p. 55).

Segundo Leandro Pulsen, "a referibilidade é requisito inerente às contribuições, sejam sociais, do interesse das categorias profissionais ou econômicas, de intervenção no domínio econômico ou mesmo de iluminação pública municipal" (2017, p. 56).

Quando as exigências simultâneas emanam da mesma entidade tributante, tem-se o fenômeno do bis in idem (MAZZA, 2015, p. 200).

Já no caso dos tributos incidentes sobre a mesma base de cálculo e/ou fato gerador decorrerem de entidades tributantes diferentes trata-se da denominada bitributação (MAZZA, 2015, p. 200).

Assim, por ausência de impedimento constitucional, contribuições podem bitributar e incidir em bis in idem, admitindo multitributação (MAZZA, 2015, p. 201).

Segundo Carvalho (2019, p. 73), as contribuições não têm um fato gerador próprio, mas sim uma destinação própria. Não iremos aplicar a regra do art. 4, II, do CTN. Observa-se, ainda, a possibilidade dessa espécie ser instituída pelos municípios: trata-se da contribuição para custeio de iluminação pública (art. 149-A da CF).

Apresentada as noções gerais sobre o sistema tributário nacional, importante se faz, a partir de agora, analisar o IPTU, objeto específico deste trabalho.

2 IPTU

O IPTU está previsto na nossa carta magna de 1988, no art. 156, inciso I, e nos arts. 32 a 34 do Código Tributário Nacional.

Segundo art. 32 do Código Tributário Nacional:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. § 1º: I; II; III;V; § 2º, Artigo 33 e Artigo 34 (DECRETO, 1966).

Em atenção ao art. 156, I, da Constituição Federal, o critério material do IPTU é ser proprietário do imóvel urbano:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel (BRASIL, 1988).

O IPTU incide sobre o imóvel, precisamente sobre prédios e terrenos localizados na área urbana. Vale dizer, não sobre todo o patrimônio do contribuinte, amplamente considerado, mas apenas sobre uma parte dele: a propriedade imobiliária localizada na área urbana (FURLAN, 2004, p. 32).

O imposto possui caráter predominantemente fiscal, sendo marcante sua fonte de arrecadação, sem prejuízo da sua excepcional utilização extrafiscal, prevista no art. 182, §4, II, da CF/1988 (ALEXANDRE, 2017, p. 741).

Nesse sentido, importante se faz destacar o texto constitucional:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo (BRASIL, 1988)

[...]

Destaque-se ainda que o IPTU tem característica de imposto real, pois se refere a coisa, neste caso seria a propriedade, referindo-se ao imóvel urbano (FURLAN, 2004, p. 35).

2.1 Competência e sujeito ativo

A Constituição Federal de 1988 dar a competência exclusiva ao município e ao DF para criar o referido imposto, mediante lei ordinária aprovada pela câmara dos vereadores, em vista do princípio constitucional da estrita legalidade em matéria tributária (BERTI, 2009, p. 125).

Ao mesmo tempo, em lei municipal, que o ente pode acrescentar eventuais modificações relativas a metodização do imposto, como aumentar ou reduzir alíquotas e instituir isenções e outros benefícios fiscais (BERTI, 2009, p. 125).

A constituição não cria tributos, mas confere competência aos entes federativos para que estes os institua por lei, em regra, ordinária (CARNEIRO, 2019, p. 368). Nesse sentido, cabe salientar as palavras de Carrazza:

Realmente estamos convencidos de que a constituição brasileira não criou tributos, mas, apenas, discriminou competências para que a união, os estados, os municípios, e o distrito federal, por meio de lei, venham a fazê-lo. Preferindo, toda via, permitir que cada pessoa política, querendo, institua os tributos de sua competência (CARRAZZA, 2003, p. 444).

Segundo Carraza (2003, p. 457), o Brasil não é um Estado Unitário, mas um Estado Federal. Nele, a União e os Estados membros são reciprocamente autônomos e legislam, inclusive em matéria tributária.

A par disto, em nosso País, os Municípios, e o Distrito Federal, embora não façam parte do pacto federativo, também são pessoas políticas e também legislam em matéria tributária (CARRAZA, 2003, p. 458).

De acordo com Amaro,

Como regra, a *lei ordinária* é o veículo idôneo à criação ou instituição do tributo, e, por consequência, a sua eventual modificação ou revogação. Por isso, a competência tributária implica a competência para legislar, inovando o ordenamento jurídico, criando o tributo ou modificando sua expressão qualitativa ou quantitativa. Respeitados, evidentemente, os balizamentos fixados na Constituição ou em outras normas que, nos termos de previsão constitucional, fixem os limites do campo possível de ser submetido à incidência pela lei criadora do tributo (AMARO, 2006, p. 99).

Saliente-se que, por força do princípio da autonomia municipal, a pessoa política é livre para criar e arrecadar os tributos de sua competência' (CARRAZA, 2003, p. 167).

A vista do conceito legal de sujeito ativo da obrigação, sua determinação se faz mediante a identificação da pessoa que pode exigir o cumprimento da obrigação. Como ensina Amaro, "Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento" (2006, p. 292).

Vale ressaltar que, havendo territórios municipais, a competência para a instituir o imposto é da União, conforme determina o art. 147 da Constituição Federal:

Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais (BRASIL, 1988).

O sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento (DECRETO, 1966, art. 119).

Dada a circunstância de que o sujeito ativo é o Estado, mesmo na linguagem técnica, chamá-lo de Fisco, Tesouro, Erário, Fazenda Pública. A própria designação

de *Estado* emprega-se, em certas situações, para identificar o credor do tributo (AMARO, 2006, p. 292).

2.2 Sujeito passivo

O sujeito passivo da relação tributária é a pessoa obrigada ao cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias. O Código Tributário Nacional trata da matéria nos arts. 121 a 123. (CARNEIRO, 2019, p. 521).

Sujeito passivo da obrigação principal é gênero, abrangente de duas espécies: o contribuinte e o responsável. Com efeito, na letra do Código, o sujeito passivo da obrigação principal diz-se contribuinte", quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador" (AMARO, 2006, p. 298).

O responsável, embora não se revista da condição de contribuinte, assume a obrigação por expressa disposição em lei. Assim, enquanto a obrigação do contribuinte é originária, a do responsável é derivada (FURLAN, 2004, p. 82).

Conforme o Art. 121 do Código Tributário Nacional:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

1.1.2. contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

1.1.3. responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (DECRETO, 1966).

Já o artigo 122 do referido diploma, traz o sujeito passivo da obrigação acessória, identificando-o como a pessoa meramente instrumental que visa à fiscalização e formalização da obrigação principal (DECRETO, 1966).

Para Amaro (2006, p. 298), sujeito passivo da obrigação acessória, por sua vez, "é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto" (art. 122). Ou seja, se o objeto da obrigação acessória é uma prestação positiva ou negativa não pecuniária (fazer ou não fazer alguma coisa, que não seja dar dinheiro, nos termos do

art. 113, §2), o devedor dessa obrigação é a pessoa que estiver obrigada a efetuar a respectiva prestação.

Sujeito passivo da relação jurídica tributária nos impostos prediais e territoriais é a pessoa proprietária do imóvel no dia 1º de janeiro de cada ano (FURLAN, 2004,

p. 80). De acordo com Art. 34 do Código Tributário Nacional, "O Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Para Furlan (2004, p. 80), para os que sustentam à incidência do IPTU também sobre o domínio útil ou sobre a posse a qualquer título, têm-se como sujeito passivo do aludido imposto tanto o titular do domínio útil como o possuidor, a qualquer título, de imóvel urbano.

Furlan (2004, p. 81) ressalta que o sujeito passivo do IPTU é aquele que realiza o fato imponible, isto é, aquele que se encontra na situação econômica descrita na hipótese de incidência tributária: será o proprietário se, de fato, este revelar sua capacidade econômica por ser o proprietário (isto é, por usar, gozar e dispor do imóvel a título oneroso ou gratuito).

Será, doutra parte, não o proprietário, mas aquele que detiver o domínio útil ou aquele que detiver a posse por usucapião, já que são situações que demonstram claramente que estes – e não o titular da propriedade, que detém apenas o domínio direto, a substância mesma da coisa, desprovida de utilidades –, realmente, participam da natureza econômica do fato imponible (FURLAN, 2004, p. 82).

O titular é o sujeito passivo do IPTU. São o proprietário (pleno, de domínio exclusivo ou na condição de coproprietário), o titular do domínio útil (enfiteuta e usufrutuário) e o possuidor, isto é, aquele com a possibilidade de aquisição do domínio ou propriedade pela usucapião (SABBAG, 2011, pp. 981 e 982).

O enfiteuta é uma relação jurídica entre o proprietário e a outra pessoa, chamada de enfiteuta, envolvendo terras não cultivadas ou terrenos não construídos, visando a fins econômico, ou seja, promover real aproveitamento (FURLAN, 2004, p. 84).

Já o usufrutuário tem o uso e o gozo da coisa. Comparando-se as figuras do enfiteuta e o do usufrutuário é fácil compreender por que somente o enfiteuta pode figurar domínio útil do imóvel, portanto uma gama de direitos bem mais ampla que a do usufrutuário (FURLAN, 2004, p. 88).

Por fim, importa frisar que o possuidor alcança as pessoas que se encontrem numa situação que lhes permite tornarem-se proprietários, bem como as pessoas que usufruem do domínio útil do imóvel e, portanto, revelem conteúdo econômico (FURLAN, 2004, p. 86).

2.3 Fato gerador

O fato gerador do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza ou por acessão física, entende-se que incidirá esse imposto apenas quando for exercida a posse e o domínio útil, ou a intenção do domínio da coisa (MINARDI, 2017, p. 85).

Assim, o locatário, o arrendatário, o comodatário e o mero detentor não pratica o fato gerador do IPTU, pois não apresentam a intenção do domínio da coisa (MINARDI, 2017, p. 85).

Fato gerador do IPTU, segundo o art. 32 do Código Tributário Nacional:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município (DECRETO, 1966).

Bens imóveis por natureza são imóveis que se formaram por força da natureza, compreendendo o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais (SABBAG, 2011, p. 982). Já a propriedade de imóveis por acessão física, é tudo que o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada a terra (SABBAG, 2011, p. 982).

Destaca Machado (2010, p. 411) que o IPTU incide sobre os bens imóveis por natureza e também sobre os imóveis por acessão física. Assim, significa que o imposto sobre a ITR não incide sobre edificações, mas somente sobre a terra, enquanto o IPTU incide sobre a terra e também sobre as edificações.

Com relação ao imóvel urbano, a regra é a da localização e não da destinação do imóvel. Assim, considera-se um imóvel urbano aquele situado dentro da zona urbana (MINARDI, 2017, p. 85).

Machado adverte (2010, p. 411) que o critério da localização do imóvel na zona urbana prevalece, em princípio, mas é possível que o imóvel, mesmo estando na zona

urbana definida na lei municipal, esteja sujeito a incidência do imposto ITR, e não ao imposto IPTU.

Nesse sentido é o que prescreve o art. 15 do Decreto-lei n. 57, de 18.11.1966:

Art. 15. O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agro-industrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados (DECRETO-LEI, 57/66).

Em síntese, hoje o critério geográfico é a regra. O imóvel deve ser considerado urbano, ou rural, conforme esteja situado na zona urbana, ou fora dela. Porém, para ser classificado para fins tributários como imóvel rural, dentro da área urbana, deve obter as determinações no art. 15 do Decreto-lei n. 57, de 18.11.1966 (MACHADO, 2010, p. 413).

2.4 Base de cálculo

A base de cálculo *in abstracto* - também designada por base normativa ou base tributável - é a perspectiva dimensional do aspecto material da hipótese de incidência tributária (FURLAN, 2004, p. 95).

A base de cálculo será o valor venal do bem imóvel, não se considerando o valor dos bens moveis mantidos em caráter permanente ou temporário no imóvel. Pode-se afirmar que será o preço à vista que o imóvel alcançaria no mercado imobiliário (SABBAG, 2011, p. 984).

A função da base de cálculo é medir a intensidade do núcleo factual descrito pelo legislador. Para tanto, recebe a complementação de outro elemento que é a alíquota, sua combinação gera a definição do débito tributário (CARVALHO, 2019, p. 356).

Ou seja, como destaca Furlan (2004, p. 85), a base de cálculo

[...] fornece o critério para determinação do "quanto é devido", uma vez que a coisa posta na materialidade da hipótese de incidência é sempre passível de dimensão, como, por exemplo, o conceito de peso, volume, comprimento e largura.

Ou seja, a base do cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter

permanente ou temporário. Entende-se que a base de cálculo, juntamente com a alíquota, discrimina o valor do imóvel, sem avaliar o contribuinte (ALEXANDRE, 2017, p. 746). Saliente-se que atualização do valor monetário da base de cálculo não implica majoração do tributo, podendo ser feita por meio de ato infralegal. Se o Decreto se exceder em relação aos índices oficiais, o excesso será declarado indevido, haja vista violar-se o princípio da legalidade tributária (SABBAG, 2011, p. 984).

Nesse sentido, é o que dispõe o art. 97, § 2º, do CTN:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I- a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II- a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III- a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V- a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas:

VI- as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo [...]

A esse respeito, importa destacar a Súmula n. 160 do Supremo Tribunal de Justiça, cuja transcrição segue descrito: “E defeso ao Município atualizar o IPTU, mediante Decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária”.

2.5 Alíquotas

A alíquota é um elemento integrante do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária, em seu bojo traz relevante função de graduar o montante

devido, proporcionalmente à capacidade contributiva do sujeito (FURLAN, 2004, p.110).

Para Carvalho (2019, p. 368), “[...] as alíquotas podem assumir duas feições:

a) um valor monetário fixo, ou variável em função de escalas progressivas da base de cálculo ou b) uma função, percentual ou não, da base de cálculo”.

O mesmo autor destaca ainda que:

Revelando-se como forma de fração, a alíquota pode ser proporcional invariável (seja qual for seu valor monetário): proporcional progressiva (aumentando a base de cálculo, aumenta a proporção) ou proporcional regressiva (aumentando a base, diminui a proporção). Além disso, as alíquotas proporcionais progressivas podem aumentar por degraus ou escalões (caso do nosso IR – pessoa física) ou de maneira contínua e ininterrupta, até o limite máximo que a lei indicar (CARVALHO, 2019, 367).

Segundo Alexandre (2017, p. 744), as diferenciações das alíquotas não têm expressão numérica, apenas situações de fato. A alíquota pode variar com o uso do imóvel, existindo alíquotas diferentes, como a variação da alíquota, de acordo com a localização do imóvel, com a classe do bairro, por exemplo.

A progressividade em função do valor do imóvel é instituída com finalidade puramente arrecadatória (progressividade fiscal), realizando a exigência de tributação graduada conforme a capacidade econômica do contribuinte (MAZZA, 2015, p. 453).

A progressividade é técnica de incidência de alíquotas variadas, cujo aumento se dá na medida em que se majora a base de cálculo. O critério diz com o aspecto quantitativo, do que decorre tanto a progressividade fiscal, como a progressividade extrafiscal (SABBAG, 2011, p. 485).

A primeira alia-se ao brocardo “Quanto Mais Se Ganha, Mais Se Paga”, no intuito meramente arrecadatório, que permite onerar mais gravosamente a riqueza tributável maior. A segunda, por sua vez, fia-se a modulação de condutas, no bojo do interesse regulatório (SABBAG, 2011, p. 485).

Segundo Alexandre (2017, p. 743), no objetivo extrafiscal, o intuito da regra é estimular o cumprimento da função social da propriedade por meio de um agravamento da carga tributária suportada pelo proprietário do solo urbano que não

promove seu adequado aproveitamento. A arrecadação de tal tributo é mero efeito colateral.

Portanto, apresentadas as noções básicas relativas ao IPTU, passaremos, a partir de agora, a tratar do objeto específico deste trabalho.

3 EXTRAFISCALIDADE DO IPTU

O IPTU é um tributo regido essencialmente por duas funções da tributação: a fiscal e a extrafiscal. Embora nos dias de hoje a extrafiscalidade seja aplicada de forma moderada, com finalidades diversas pelo ente político, existem dúvidas se é possível que haja o confisco do patrimônio do contribuinte em virtude da aplicação das alíquotas progressivas no tempo, na forma autorizada pela constituição, para viabilizar a observância do princípio da função social da propriedade urbana.

Diante disso, parece-nos que a resposta do problema proposto requer, previamente, a análise das funções da tributação, do princípio do não confisco e da função social da propriedade urbana.

3.1 As funções da tributação: fiscal, parafiscal e extrafiscal

O tributo tem função fiscal quando o seu objetivo é meramente arrecadatário para o estado, com fins de obter recursos para o ente custear as despesas públicas e exercer suas atribuições e gerar a máquina pública (CARNEIRO, 2019, p. 246).

Segundo Carvalho (2019, p. 260),

[...]fiscalidade é quando a organização jurídica denuncie os objetivos que superintenda a instituição, ou que governe aspectos estruturais, indicados ao fim exclusivo de munir os cofres públicos, restringindo interesses sociais, políticos ou econômicos que possam intervir em sua atividade impositiva.

Parafiscalidade, por sua vez, é fenômeno jurídico que consiste na circunstância de a lei tributária nomear um sujeito ativo adverso, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos auferidos para implemento de seus objetivos peculiares (CARVALHO, 2019, p. 263).

No entendimento de Alexandre (2017, p. 44),

[...] na parafiscalidade, o objetivo da cobrança do tributo é arrecadar, mas o produto da arrecadação é destinado a ente diverso daquele que

institui a exação. Por obvio, o beneficiário dos recursos sempre será uma instituição que desempenhe uma atividade tipicamente estatal ou de interesse do estado, como os denominados serviços sociais autônomos.

A função extrafiscal, por outro lado, não tem natureza diretamente fiscal, mas seus instrumentos tributários são para fins intervencionistas e regulatórios, pois sua utilização é para intervir nos comportamentos dos indivíduos através de incentivos fiscais ou desestimulando algumas práticas específicas de interesse estatal (CARNEIRO, p. 246).

Pode-se dizer, assim, que a função extrafiscal tem a finalidade de intervenção de situação social e econômica, assim não pode ser confundida como “não arrecadatória” e possui funções político-sociais e econômicas (ALEXANDRE, 2017, p. 43).

Infere-se, portanto, que o IPTU poderá ser utilizado no seu viés extrafiscal, para exigir a adequada utilização do imóvel urbano, por exemplo, em observância ao princípio da função social da propriedade.

No entanto, antes de adentrarmos nessa discussão, que é central para este trabalho, importante se faz estudarmos o princípio do não confisco e da função social da propriedade.

3.2 O Princípio do não confisco

O princípio do não confisco é matéria controversa na doutrina, na medida em que leva a uma aparente antinomia: de um lado, o ente estatal que arrecada tributos para custear gastos públicos; do outro, a propriedade do cidadão, como garantia constitucional, não poderá ser confiscada pelo Poder Público (BERTI, 2009, p. 145).

A esse respeito, prescreve o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

Carvalho (2019, p. 195) frisa que o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal adverte ao legislador dos tributos, no sentido de comunicar-lhe que existe limite para carga tributária.

Costuma-se identificar o confisco com a tributação excessivamente onerosa, insuportável, não razoável, que absorve a própria fonte da tributação (PULSEN, 2017, p. 143).

Segundo Berti (2009, p. 145), tal princípio é fundamental para garantir o direito do contribuinte, limitando o direito à propriedade para não ser confiscada, e ao mesmo tempo delimita o poder de tributar do fisco.

Um exemplo apresentado por Berti (2009, p. 146) é, no âmbito do Direito Administrativo, o Instituto de “Tombamento” afim de propiciar a garantir o interesse do estado em manter o patrimônio histórico e cultural.

A sanção, segundo Carvalho (2019, p. 550), estampa como uma tarefa designada pelo estado para desestimular condutas indesejáveis pelo ente municipal, desta forma, não deve desviar sua finalidade, estipulando percentuais elevados, sob contrariedade da vedação do não confisco.

Destaca Mazza (2015, p. 257) que fica certo que o referido princípio impede o estabelecimento de alíquotas próximas de 100%, por exemplo, na medida em que teriam o efeito de praticamente desapropriar o contribuinte ao contrário de tributar.

O princípio do não confisco proíbe também elevações muito súbitas nas alíquotas aplicáveis. Entretanto, a doutrina e jurisprudência encontram enorme dificuldade prática para delimitar outras aplicações concretas para o referido princípio (MAZZA, 2015, p. 257).

Significa dizer que não é permitido ao fisco lograr, direta ou indiretamente, mediante a instituição e cobrança de tributos, o efeito confiscatório da propriedade do contribuinte sujeito a norma impositiva em referência (BERTI, 2009, p. 150).

Segundo BERTI (2009, p. 152), é nítida a relação desse princípio com a capacidade econômica do contribuinte, distinguindo do que o artigo 145, §1, da CF cita que obriga o legislador graduar o tributo de acordo com o agente econômico.

3.3 Função social do imóvel

A Constituição Federal assegura o direito de propriedade em seu art. 5º, XXII, acentuando a sua função social que será atendida pelo proprietário. Em outras passagens manifesta preocupação com a função do imóvel (FURLAN, 2004, p. 145).

Nesse sentido, destaca Furlan (2004, p. 146) que:

O direito de propriedade não mais é tido como natureza absoluta, sem fronteiras, e sim, ao revés, suscetível de restrições quer de direito civil (no que tange ao direito de vizinhança), quer de direito público com limitações, exportações, servidões etc.

Assim, a propriedade privada e sua função foram elevados como princípios da ordem econômica, sendo não mas considerada como direito individual, pois, os princípios da ordem econômica são preordenados a vista a cumprir sua finalidade (FURLAN, 2004, p. 146).

Com isto, o proprietário apresenta faculdade de possuir um imóvel, sujeitando-se ao dever de utilizá-lo em plena consonância com o bem-estar comum e, respeitando a propriedade de outrem, ou seja, andam juntos o direito de possuir e o dever de cumprimento da função social (FURLAN, 2004, p. 147).

Segundo Machado (2010, p. 410), é facultado ao ente municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário o aproveitamento da função social sob pena, sucessivamente, de IPTU progressivo no tempo (art. 182, § 4, "a", inc. II).

Assim, compreendidos os princípios do não confisco e da função social da propriedade, a partir de agora adentraremos no objeto específico deste trabalho, qual seja: aplicação da progressividade extrafiscal de alíquotas do IPTU e a (im) possibilidade de confisco do patrimônio do contribuinte.

4.3 A progressividade fiscal e extrafiscal do IPTU

De início, importa ressaltar que progressividade fiscal é a majoração de alíquotas e bases de cálculos com a função de buscar, por via tributária, abastecer os cofres públicos, com objetivo de cunho arrecadatório, baseando-se no valor venal do imóvel (FURLAN, 2004, p. 188).

Existem dois princípios basilares que conjuga a progressividade fiscal. Segundo Furlan (2004, p. 120), um deles é o princípio da isonomia que significa que o imposto do sujeito passivo deve receber tratamento igual, proporcional aos demais, com isto a progressividade é a melhor maneira de garantir essa igualdade tributária.

Derivando-se desta igualdade, tem o princípio da capacidade contributiva que permite a progressividade, majora suas alíquotas e bases de cálculos conforme a capacidade econômica do sujeito, dando um tratamento isonômico (FURLAN, 2004, p. 123).

A EC 29/01, nesse contexto, autorizou expressamente a progressividade fiscal do IPTU em razão do valor do imóvel (art. 156, § 1º, I, da CF/88), sem prejuízo da progressividade extrafiscal já prevista originariamente no art. 182, § 4º, da CF.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel; IV - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, b, definidos em lei complementar.

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

[...]

Destaque-se que o STF entende que as leis, que antes da EC 29/01 estabeleciam a progressividade fiscal do IPTU, são inconstitucionais, conforme Súmula 668: "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana".

A progressividade extrafiscal, por sua vez, tem caráter ordinatório de tributação, não fiscais, ou seja, disciplina conduta do sujeito passivo, induzindo-se a fazer ou se abster de fazer alguma coisa, regulando sua função social (FURLAN, 2004, p.144). A progressividade fiscal, conforme dito anteriormente, é a majoração de alíquotas e bases de cálculos.

Segundo Furlan (2004, p. 144),

A diferença jurídica entre tributos fiscais e extrafiscais somente pode ser observada examinando-se a forma com que o legislador cuidou do princípio da capacidade contributiva em cada caso. Assim, designam-se

tributos fiscais aqueles nos quais a capacidade aparece não apenas como pressuposto legitimador do tributo, mas também como critério de estruturação e de aplicação do mesmo.

Com base no princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Constituição Federal), o contribuinte não é observado pela sua capacidade econômica, mas sim por seu bem imóvel, sua localização, dimensões, luxo e características que comprove avaliação do bem. Portanto, a progressividade é em função do valor do imóvel (CARRAZA, 2003, p. 95).

Nesse sentido, a Constituição Federal quer, além de obedecer ao princípio da capacidade contributiva, que o IPTU tenha alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel, assegurar o cumprimento da função social da propriedade, conforme o plano diretor (CARRAZA, 2003, p. 98).

Pode-se afirmar, assim, que a progressividade fiscal do IPTU, está ligada à capacidade contributiva, elencada nos arts. 145, § 1º, e 156, § 1º, I, da CF/88, e que ela independe da existência de um plano diretor do Município, em razão de seu caráter fiscal.

A progressividade extrafiscal, por outro lado, está prevista no art. 182, § 4º, II, da Constituição Federal/88, vejamos:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Vê-se, portanto, que a progressividade extrafiscal das alíquotas do IPTU depende da edição do plano diretor do Município que efetuará a ordenação da cidade, e que haja, previamente, a exigência de parcelamento ou edificação compulsória do imóvel.

Enfim, pode-se afirmar que a progressividade fiscal prestigia o princípio da capacidade contributiva; a progressividade extrafiscal, por sua vez, prestigia a função social da propriedade urbana, nos termos do plano diretor do Município.

4.4 Análise da possibilidade de confisco da propriedade pelo IPTU progressivo extrafiscal

No que diz respeito à possibilidade de confisco do imóvel do contribuinte pela aplicação da progressividade extrafiscal, importa destacar, inicialmente, que sanção é um dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza para impedir ou desestimular um ato ou fato que ordem jurídica proíbe (FURLAN, 2004, p. 149).

O tributo extrafiscal proibitivo, por outro lado, é o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento para impedir ou desestimular, indiretamente, um ato ou fato que a ordem jurídica já permite (FURLAN, 2004, p. 149).

Nesse sentido, Furlan (2004, p. 149) entende que, ao se tratar de tributação fiscal ou extrafiscal, o dever tributário não pode assumir feição confiscatória, tendo em vista que a natureza jurídica da sanção se distingue perfeitamente da natureza jurídica do tributo extrafiscal.

Cabe destacar, ademais, que a aplicação da progressividade extrafiscal do IPTU deve observar o disposto no art. 182, § 4º, II, da Constituição Federal/88, bem como os requisitos previstos na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), que regulamento o referido dispositivo constitucional.

Nesse sentido, prescrevem os arts. 5º, 7º e 8º da referida lei:

Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

[...] (grifo nosso)

Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

§ 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

§ 2º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º. § 3º É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo. [grifo nosso]

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública. [grifo nosso]

[...] (LEI, 2001).

Percebe-se, da análise dos dispositivos citados, que a aplicação da progressividade extrafiscal do IPTU deve ocorrer pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos consecutivos, com a majoração das alíquotas anual, não podendo esta ultrapassar o limite máximo de 15%. Ou seja, a progressividade das alíquotas do IPTU não poderá confiscar indiretamente o imóvel, pois o somatório das alíquotas aplicadas no período de 5 (cinco) anos jamais atingirá 100% do valor do imóvel, já que o máximo de IPTU a ser cobrado seria 75% (5 anos x 15% a cada ano) do valor do imóvel.

Observa-se ainda que, decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

Ressalte-se, contudo, que a realização da função social é tão importante que o Estado pode, ocorrendo ofensa ou não atendimento da propalada função social, desapropriar o imóvel, “tomar o imóvel do proprietário” mediante decreto expropriatório publicado em diário, claro que não “tomar-se-á” a propriedade fortuita

e gratuitamente, mas depois, advirão outras medidas, antes que a atuação do Poder Público culmine com o ato expropriatório (BERTIN, 2009, p. 133).

Por fim, nota-se que o intuito constitucional de exigência do cumprimento da função social da propriedade segue uma forma, com a adoção das seguintes medidas: parcelamento e a edificação compulsória, adoção de uma tributação progressiva e finalmente a desapropriação do imóvel, que será feita mediante o pagamento de indenização em títulos da dívida pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo estudar a extrafiscalidade do IPTU, função da tributação de grande importância para viabilizar a ordenação da cidade e o progresso urbano, no intuito de incentivar o bom uso do imóvel e combater irregularidades e atos ilícitos advindos dos atos praticados pelos contribuintes.

Colocou-se como problema central da pesquisa a análise da (im)possibilidade de confisco do imóvel urbano do sujeito passivo com a utilização das alíquotas progressivas do IPTU.

No tópico inicial, foram discutidas noções gerais sobre o Sistema Tributário Nacional, apresentando o conceito de tributo, a classificação das espécies tributárias e as características destas. Em seguida, deu-se ênfase ao estudo do IPTU, apresentando as noções gerais, tais como: competência, sujeito ativo e passivo, fato gerador, base de cálculo e alíquotas. Logo após, tratou-se da extrafiscalidade do IPTU, do princípio do não confisco e da função social do imóvel urbano. Em seguida, discutiu-se sobre a progressividade fiscal e extrafiscal do IPTU, chegando-se à conclusão de que não há autorização constitucional, tampouco legal, para confiscar o patrimônio do contribuinte por meio da tributação extrafiscal.

Enfim, em verdade, a instituição da progressiva extrafiscal do IPTU, com a finalidade de regular o uso do imóvel urbano para observar a função social da propriedade, deve ser viabilizada na forma e nos limites previstos no art. 182, § 4º, II, da CF/88 e na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), adotando-se as seguintes medidas: primeiro, exigindo o parcelamento e/ou edificação compulsória; em seguida, adotando a tributação progressiva; e, finalmente, desapropriando o imóvel, mediante o pagamento de indenização com pagamento em títulos da dívida pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. ed. 11. Salvador: Juspodivm, 2017.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. ed. 12. São Paulo. Saraiva, 2006.

BERTIN, Flavio de Azambuja. **Impostos extrafiscalidade e não-confisco**. ed. 3. Curitiba: ABDR, 2009.

BRASIL. República, Presidência da. **Código tributário nacional**. Brasil. Casa Civil. 1966.

_____. República, Presidência da. **Constituição da república federativa do brasil**. Casa Civil. 1988.

_____. República, Presidência da. **Decreto – lei N° 195, de 24 de fevereiro de 1967**. Brasil. Casa Civil. 1967.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de direito tributário e financeiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. ed. 19. São Paulo: Malheiros, 2003.

CASSONE, Vitorino. **Direito tributário**. ed. 28. São Paulo: Atlas GEN, 2018.

CAVARLHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. ed. 30. São Paulo: Saraiva, 2019.

FURLAN, Valéria. **IPTU – Imposto sobre propriedade territorial urbana**. ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. ed. 38. São Paulo: Malheiros, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINARDI, Josiane. **Direito tributário**. ed. 5. Salvador: Juspodivm, 2017.

PULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. ed. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRIMES CIBERNÉTICOS: É PRECISO CONHECER PARA PROTEGER-SE

HELENISSE NUNES FAGUNDES:

Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal de Rondônia, campus Ji-Paraná. Acadêmica do 8º período do curso de Direito pelo Centro Universitário São Lucas, Unidade de Ji-Paraná.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a evolução dos crimes cibernéticos perante a intensificação do uso da tecnologia em decorrência da pandemia do novo Coronavírus. Com aumento da utilização dos meios digitais surgem diversas formas de cometimento dos crimes cibernéticos. Dessa forma, será abordada a classificação e características dos crimes digitais, o perfil do criminoso, a evolução das leis brasileiras relativas a essa modalidade de crime, como agir caso torne-se vítima e os cuidados a ser adotado com intuito de evitar tornar-se vítima. Como metodologia foi utilizada a pesquisa bibliográfica através da leitura de livros e artigos disponíveis na internet.

Palavras-chave: Crimes cibernéticos. Crimes digitais. Pandemia. Prevenção.

Abstract: The present work has as main objective to analyze the evolution of cyber crimes in face of the intensification of the use of technology due to the pandemic of the new coronavirus. With the increase in the use of digital media, there are several ways of committing cyber crimes. In this way, the classification and characteristics of digital crimes, the profile of the criminal, the evolution of Brazilian laws related to this type of crime, how to act in the event of becoming a victim and the precautions to be taken in order to avoid becoming victim. As a methodology, bibliographic research was used through the reading of books and articles available on the internet.

Keywords: Cyber crimes. Digital crimes. Pandemic. Prevention.

Sumário: Introdução. 1. Crime Cibernético. 2. O perfil do criminoso virtual (sujeito ativo). 3. O perfil das vítimas de crimes virtuais (sujeito passivo). 4. Classificação dos crimes virtuais. 5. Rol crimes praticados no mundo virtual. 6. A legislação brasileira e os crimes cibernéticos. 7. Como agir diante de um crime virtual. 8. Como se proteger contra os crimes digitais.

Introdução

O presente trabalho utilizou a metodologia da pesquisa bibliográfica, têm como objeto de estudo os crimes cibernéticos e tem como objetivo abordar a classificação e características dessa modalidade de crime; analisar o perfil dos criminosos e suas vítimas; refletir sobre a evolução da legislação brasileira no âmbito dos crimes cibernéticos; identificar atitudes que deve ser adotada pela vítima e para se proteger deste tipo de criminosos.

É importante destacar que o interesse em discutir o assunto deste trabalho surgiu durante a inquietante fase de escolha de um tema para o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) do curso de Direito que coincidiu com as mudanças que a pandemia trouxe em nossas vidas.

Nesse cenário atual e mundial é possível afirmar que houve a fusão dos aspectos positivos e negativos da internet. De um lado, usufruímos as comodidades proporcionadas pela rede mundial de computadores. Por outro lado, seus usuários tornam-se vítimas pela mesma via. Dados estatísticos comprovam o aumento dos crimes digitais associados à pandemia do novo Coronavírus.

Segundo levantamentos feitos pela FEBRABAN (2020) houve crescimento de tentativas de várias modalidades de fraudes financeiras contra os brasileiros durante a crise da Covid-19. As instituições registraram aumento de 80% nas tentativas de ataques de *phishing* que se inicia por meio de recebimento de e-mails que carregam vírus ou links que direciona o navegador para sites criminosos, cujo destinatário não existe. Também houve aumento nos golpes do falso funcionário e falsas centrais telefônicas em 70% e alta de 60% em tentativas de golpes financeiros contra idosos.

1. Crime cibernético

Segundo Correia (2020) o cibercrime é conhecido popularmente como crimes digitais, crimes on-line, crimes eletrônicos, crimes virtuais, crimes cibernéticos, dentre outras demais denominações. O autor afirma que esse termo surgiu no fim dos anos 90, na Reunião do subgrupo do G-8 realizada em Lyon, na França, em que discutiam maneiras de combater as práticas delituosas digitais por conta da grande expansão da internet vivenciada naquela época.

Cibercrime é compreendido como a prática de uma conduta ilícita manifestada por meio eletrônico, em que se é utilizado o recurso de Internet como meio para prática delituosa, assim como no envolvimento de arquivos e/ou sistemas digitais. Podem ser cometidos somente em ambiente tecnológico, ocorridos, por exemplo, na manipulação de caixas eletrônicos,

ou até mesmo nos crimes convencionais executados na forma digital ou que incluam alguma ação tecnológica para praticar o crime, tendo os crimes contra a honra como exemplificação. (CORREIA, 2020)

Em pleno século XXI além dos avanços tecnológicos, houve considerável mudança no estilo de vida ocasionada pela pandemia do novo Coronavírus. O isolamento social mudou os hábitos do dia a dia, e o uso dos meios digitais se intensificou. Profissionais estão trabalhando em casa, utilizando conexão particular da internet, reuniões que eram presenças foram substituídas por videoconferências. Escolas e universidades com aulas presenciais suspensas, utilizando-se dos recursos da internet. Grande aumento das compras online, a utilização dos aplicativos para transações financeiras, até a forma de pedir comida adotou a utilização de aplicativos.

Em decorrência da grande mutação sofrida pela humanidade em relação à internet, aplicativos, redes sociais, e outros meios digitais, o mundo do crime tem buscado se adequar as mudanças digitais sofridas, ocasionando aumento dos crimes relacionados à internet. O uso dos meios digitais possui dois lados, pode ser usada para atividades corriqueiras como trabalho, aquisição de conhecimento, entretenimento e outras atividades. Por outro lado, o criminoso se utiliza da tecnologia para aperfeiçoar os crimes aplicados pela rede.

O delinquente digital utiliza de malware, que é programa malicioso no computador ou dispositivo móvel. Esses programas são instalados sem o consentimento do usuário e causa desde a lentidão do computador, a invasão de sistemas a procura de dados pessoais, eliminação de dados e assim por diante. Essa etapa do crime é descrita da seguinte forma:

Em um ataque bem-sucedido, o qual pode ter se efetivado pelas diversas ferramentas utilizadas para esse propósito, uma parte do malware acessa a máquina. Nesse momento inicial, o programa é executado no sentido de fazer o download do ransomware completo. Após esse estágio, ocorrerá uma gradativa dependência da máquina em relação ao criminoso, o qual passa literalmente a “varrer” a máquina na busca de suas principais diretrizes de comando. Essa conexão entre criminoso e máquina infectada passa a trazer diversos riscos, não só para essa máquina, mas para toda a estrutura a qual eventualmente ela esteja conectada. (ARAUJO, 2018, p 96)

De posse de uma gama de dados da vítima, o criminoso passa a estudar a melhor forma de extorqui-la. Esses dados podem ser comercializados no mercado negro. A vítima pode sofrer diversos crimes como calúnia, injúria, difamação, espionagem, estelionato, roubo de identidade, terrorismo, e assim por diante. Também pode ter seu nome envolvido em vendas de produtos ilegais como droga.

Os autores Jesus e Milagre (2016) utilizam a seguinte conceituação para crime informático:

Conceituamos crime informático como o fato típico e antijurídico cometido por meio da ou contra a tecnologia da informação. Decorre, pois, do Direito informático, que é o conjunto de princípios, normas e entendimentos jurídicos oriundos da atividade informática. Assim, é um ato típico e antijurídico, cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores. Em verdade, pode-se afirmar que, no crime informático, a informática ou é o bem ofendido ou o meio para a ofensa a bens já protegidos pelo Direito Penal. (JESUS e MILAGRE, 2016, p. 49)

A prática desses crimes tem crescido de forma vertiginosa, e se deve ao fato de o praticante acreditar que tem sua identidade oculta, que não é possível identificá-lo e muito menos ser punido.

2. O perfil do criminoso virtual (sujeito ativo)

Ao mencionar-se crime cibernético imagina-se a figura de um criminoso com habilidades especiais, um gênio que usa sua inteligência para o mal, entretanto essa mentalidade é enganosa. Na atualidade, qualquer pessoa com o mínimo de conhecimento tecnológico pode praticar os crimes virtuais. Assim como a arma de fogo pode ser utilizada na prática de um crime tradicional, a internet se torna um facilitador dos crimes virtuais. Essa espécie de criminoso faz uso da internet tanto para praticar os crimes como para ensinar quem deseja iniciar atividades criminosas. A rede mundial de computadores é utilizada para ampliação do conhecimento com objetivo criminoso, utilizam-se sites com uma gama de instruções, desde a forma de produção de bomba caseira até a invasão de um computador.

Diante de tal cenário, percebe-se que identificar o criminoso digital não é tarefa fácil, ele não possui as mesmas características do criminoso tradicional:

Tatuagem, cor da pele, tamanho da cabeça, classe econômico-social já foram as características buscadas para identificar um criminoso. Hoje nem sequer podemos vê-lo, é uma ameaça invisível que vem atormentando os usuários da rede mundial de computadores. (BRITO, 2013, p. 83)

Entretanto, é notório afirmar que os crimes virtuais mais elaborados são praticados por sujeitos com conhecimento aprofundado de informática, eletrônica e redes de computadores, esses indivíduos são denominados por hackers. Entretanto, o termo hacker não significa que o sujeito seja criminoso, muitos desses indivíduos utilizam-se do conhecimento e habilidades para o bem, como por exemplo, pode fazer parte do quadro de empregados em empresas ligada ao uso da internet e desenvolvem sistema de segurança informática. Desta forma, segundo Jesus e Milagre (2016) se torna impossível traçar o perfil do criminoso cibernético, pois no Brasil, o criminoso é mais criativo do que técnico:

Décadas atrás, um criminoso digital estava relacionado diretamente ao conceito de cracker, pessoa com conhecimentos profundos das intimidades de um computador ou dispositivos computacionais, conhecedora de redes, protocolos, programação de baixo nível, dentre outras habilidades. Este cenário foi modificado. A realidade, hoje, é que grande parte dos crimes digitais se deve à ignorância dos usuários, despreparo das autoridades investigativas e, principalmente, à banalização e difusão das técnicas e ferramentas para aplicação de golpes. Pode-se dizer também que os criminosos digitais, em sua maioria, não praticariam crimes do mundo real, porém interessam-se pela prática delituosa virtual, amparados pela falsa sensação de anonimato e conhecedores do despreparo das autoridades em investigarem delitos desta natureza. (JESUS e MILAGRE, 2016, p. 56).

No entanto, destaca-se que a busca por informação com fins de obtenção de vantagens que viola os limites de proteção de bens jurídicos de outra pessoa, com a prática continua da mesma conduta indiscriminadamente até formar grupos dedicados a essas atividades criminosas, são denominados de hackers do mal, que podem ser chamados de crackers.

Os usuários mais perigosos, os verdadeiros bandidos cibernéticos ou blackhats, são os crackers [...]; os phreakers, que são os especialistas em telefonia e eletrônica; os carders, especialistas em fraudes com cartões de crédito; os wardrivers ou warchalkers, especialistas em invasão de redes wireless, prática que ficou conhecida na Europa como guerra de giz, pois os autores deixavam marcas de giz no chão apontando os pontos de vulnerabilidade da rede. E por último, não menos importantes, os insiders, que na verdade representam a maior ameaça – o FBI já afirmou que os identifica em 70% dos casos, pois são os funcionários ou ex-funcionários, que, por motivos vários, utilizando-se da confiança que possuem, adquirem informações sigilosas de empresas, tornando-as mais vulneráveis. (BRITO, 2013, p. 83)

Nesse contexto, nota-se que este perfil de criminoso detém vasto conhecimento informático e de outras ciências como matemática e psicologia. Percebe-se que além dessas habilidades, torna-se especialista no comportamento humano, sendo capaz de desenvolver artimanhas sedutoras aos olhos de suas vítimas.

3. O perfil das vítimas de crimes virtuais (sujeito passivo)

Pascoal (2020) aduz que o sujeito passivo do delito cibernético, como se trata de um crime comum, pode alcançar qualquer pessoa física ou jurídica, que sob ação ou omissão, venha sofrer de imediatos danos materiais ou morais em decorrência da ilicitude.

A declaração sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as vítimas de delito e abuso de poder, conceitua vítima de crime:

Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder (RESOLUÇÃO 40/34, ONU, 1985).

Em análise ao perfil da vítima, nota-se que a prática dessa modalidade de crime utiliza-se do comportamento desprezioso da vítima, que é seduzida e atraída por propaganda enganosa que promete prêmio ou vantagem fácil, o que a leva a fornecer dados pessoais, bancários, do cartão de crédito e assim por diante.

4. Classificação dos crimes virtuais

Tratando-se dos crimes virtuais, observa-se a capacidade de mutação em busca de atender as necessidades da vítima. Desta forma, alguns doutrinadores classificam os crimes virtuais em próprios e impróprios.

- a) crimes informáticos próprios: em que o bem jurídico ofendido é a tecnologia da informação em si. Para estes delitos, a legislação penal era lacunosa, sendo que, diante do princípio da reserva penal, muitas práticas não poderiam ser enquadradas criminalmente; (JESUS e MILAGRE, 2016, p. 52)

Observa-se que o crime informático para ser considerado próprio tem que ser cometido com o uso do computador. O bem jurídico violado são os dados armazenados no computador ou rede. Tem-se como exemplo, a invasão de dados informatizados.

- b) crimes informáticos impróprios: em que a tecnologia da informação é o meio utilizado para agressão a bens jurídicos já protegidos pelo código Penal brasileiro. Para estes delitos, a legislação criminal é suficiente, pois grande parte das condutas realizadas encontra correspondência em algum dos tipos penais (JESUS e MILAGRE, 2016, p. 52)

Por sua vez, o crime informático impróprio utiliza o computador apenas como um dos vários artifícios usados pelo delinquente para a prática do crime, tipificando-se independente do uso informático. Pode-se citar como exemplo a pedofilia, calúnia, injúria.

Crespo (2016) descreve os crimes informáticos da seguinte forma:

1. Crimes digitais próprios ou puros (condutas proibidas por lei, sujeitas a pena criminal e que se voltam contra os sistemas informáticos e os dados. São também chamados de delitos de risco informático. São exemplos de crimes

digitais próprios o acesso não autorizado (hacking), a disseminação de vírus e o embarçamento ao funcionamento de sistemas;

2. Crimes digitais impróprios ou mistos (condutas proibidas por lei, sujeitas a pena criminal e que se voltam contra os bens jurídicos que não sejam tecnológicos já tradicionais e protegidos pela legislação, como a vida, a liberdade, o patrimônio etc.). São exemplos de crimes digitais impróprios os contra a honra praticados na Internet, as condutas que envolvam trocas ou armazenamento de imagens com conteúdo de pornografia infantil, o estelionato e até mesmo o homicídio.

5. Rol crimes praticados no mundo virtual

A prática de atos antiéticos e ilegais utilizando-se meios digitais não o isenta da caracterização de crime. A sensação de anonimato não passa de ilusão, esse tipo de conduta é classificado no Ordenamento Jurídico como crime e possui sanções penais previstas em lei. Schaun (2019) relacionou os crimes mais praticados no âmbito digital e sua previsão legal, sendo:

- a) Calúnia (Art. 138, do CP)– Imputar a alguém determinado fato definido como crime por meio da internet (fake news podem ser um exemplo);
- b) Difamação (Art. 139, do CP)– Imputar a alguém fato, com circunstâncias descritivas, ofensivo à sua reputação, por meio da internet;
- c) Injúria (art. 140, do CP)– Ofender a dignidade ou decoro de alguém, ferindo sua honra subjetiva, por meio da internet (cyberbullying é um bom exemplo);
- d) Ameaça (art. 147, do CP)– Intimidar alguém, com a internet, mediante promessa de mal injusto e grave (muito comum em redes de conversa, como Messenger e Whatsapp);
- e) Divulgação de segredo (Art. 153, do CP)– Revelar segredos de terceiros na internet ou divulgar material confidencial de documentos/correspondências que possam causar danos;

- f) Invasão de dispositivo informático (Art. 154-A, do CP)– Violar indevidamente dispositivos de processamento, dispositivos de entrada, de saída e de processamento, ou contribui para tal, oferecendo, distribuindo ou difundindo programa para tal;
- g) Furto (Art. 155) – Colocar os dados de outra pessoa para sacar ou desviar dinheiro de uma conta, pela internet;
- h) Furto com abuso de confiança ou mediante fraude ou destreza (art. 155, § 4º, inciso II, do CP)– Fraudes bancárias por meio de Internet Banking ou clonagem de cartão de Internet Banking(CRYPTOJACKING – mineiração maliciosa de criptomoedas, por meio de malware em computador alheio);
- i) Comentar, em chats, e-mails e outros, de forma negativa, sobre religiões e etnias e, a depender do STF, opção sexual (Art. 20, da Lei n. 7.716 /89)- Preconceito ou discriminação de modo geral;
- j) Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por meio da internet, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional (Art. 247, da Lei n. 8.069 /90);
- k) Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por meio de sistema de informática, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais (Art. 241-A c/c Art. 241-E, da Lei n. 8.069 /90);
- l) Estelionato (Art. 171, do CP)- Promoções com furto de dados e esquemas de fraude com uso da internet, no geral;
- m) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos e medicinais (art. 273, § 1º, do CP)– Muito comum em venda irregular de medicamentos, cosméticos, insumos farmacêuticos, etc, pela Internet;

- n) Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo (Art. 208, do CP)– Zombar afrontosamente da religião alheia (criar comunidade online que menospreze ou zombe de pessoas religiosas e religiões);
- o) Estupro (Art. 213, do CP)– Constranger alguém, com uma chantagem por hacking de computação ou ameaça qualquer (até por uma webcam, com refém, por exemplo), a satisfazer a lascívia por videoconferência, por meio de prática de um ato libidinoso diverso de conjunção carnal;
- p) Favorecimento da prostituição (Art. 228, do CP)– Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone, usando a internet;
- q) Ato obsceno e escrito ou objeto obsceno (Arts. 233 e 234, do CP);
- r) Interrupção ou perturbação de serviço de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento (Art. 266, § 1º, do CP)– Modificar ou danificar um site na internet que contenha informação de utilidade pública (defacement);
- s) Incitação ao crime (Art. 286, do CP)– Incentivar a prática de determinado crime, por meio da internet;
- t) Apologia de crime (Artigo 287, do CP): criar comunidades virtuais (fóruns, blogs, etc.) para ensinar como burlar a legislação ou divulgar ações ilícitas realizadas no passado, que estão sendo realizadas no presente ou serão realizadas no futuro;
- u) Pirataria de software (Lei 9.610/98)– Copiar dados em CDs, DVDs ou qualquer base de dados sem prévia autorização do autor;
- v) Plágio (Lei 9.610/98)– Cópia de informações veiculadas por terceiros sem a indicação da fonte;

w) Falsificação de cartão de crédito ou débito (Art. 298, §ú, do CP);

x) Falsa identidade virtual (art. 307, do CP)– Perfil Fake em redes sociais; (SCHAUN, 2019)

6. A legislação brasileira e os crimes cibernéticos

Diante do crescimento avassalador do uso de sistemas informáticos e da internet no Brasil, nota-se que o ordenamento jurídico não tem acompanhado a dinâmica evolução digital. Torna-se inegável que essas lacunas legais geram insegurança e a impressão de que a impunidade está instalada nos meios digitais.

Segundo Barreto (2017), uma das leis precursoras na regulamentação do sistema informático foi a Lei 7.232/84, com a criação do Conselho Nacional de informática (CONIN), que estabeleceu princípios e diretrizes na Política Nacional de Informática (PNI). A partir desse marco, passa a existir leis que buscam proteger o âmbito digital e suas relações. A proteção intelectual e a comercialização de programas de computadores tiveram sua regulamentação parametrizada pela Lei nº 7.646/87, e revogada pela Lei nº 9.609/98.

Nesse contexto, percebe-se que o crime digital passa a ser coibido por legislação especial. Temos como exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, que tipifica como crime o armazenamento e a distribuição de fotos de sexo explícito envolvendo crianças e adolescente. A Lei 9.609/98 que classifica a pirataria como crime de falsificação. Por sua vez, no que se refere ao crime cibernético próprio, sua tipificação se deu mediante Lei 9.983/00, ocasionando a inclusão dos artigos 313-A e 313-B do Código Penal.

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado. (BRASIL, 2000)

Pouco tempo depois, no intuito de atender o clamor da sociedade, o Poder Legislativo, no ano de 2012 viu-se obrigado a criar leis que regulavam os crimes virtuais. A grande comoção social deu-se ao fato de fotos íntimas de a atriz Carolina Dieckmann ter sido roubadas de seu computador e divulgadas na internet. Diante desses fatos, ocorreu a promulgação das Leis 12.735/12 e 12.737/12, respectivamente denominadas de Lei Azeredo e Lei Carolina Dieckmann.

No que tange a Lei 12.737/12, teve grande significado para o ordenamento brasileiro, pois tipificou a invasão de computadores, o roubo de senhas e arquivos por meio da inclusão do art. 154 A no Código Penal.

Contudo tamanha foi à repercussão de que não havia leis que 6 (seis) meses após as fotos serem divulgadas, foram promulgadas na mesma data às Leis Nº 12.735/12 e 12.737/12 em que a primeira altera o Código Penal, Código Penal Militar e a Lei de Preconceitos, tipificando condutas mediante uso de sistemas eletrônicos e digital, contra sistemas informatizados; (CRUZ e RODRIGUES, 2018)

A Lei 12.735/12 tipifica a conduta praticada com o uso de sistema eletrônico, digital ou similares. Ser denominada de Lei Azeredo faz alusão a Eduardo Azeredo, relator do projeto 84/99 que deu origem à referida Lei.

Para Leite e Lemos (2014) a Lei 12.965/2014 - Marco civil da internet (MCI) representa grande conquista para o Ordenamento Jurídico brasileiro, pois estabeleceu regulamentação civil da internet, reduzindo a grande insegurança jurídica, que pairava em nosso ordenamento. Tornou-se à primeira lei construída de forma colaborativa entre Governo e sociedade utilizando-se da internet como plataforma de debate, e estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da internet.

No que tange ao Ordenamento Jurídico brasileiro quanto aos crimes cibernéticos, observa-se que a evolução das leis é tímida diante do dinâmico mundo cibernético. Schaun (2019) afirma que embora exista uma lista extensa de crimes

cibernéticos, carece-se de legislação específica para tratar os delitos cibernéticos e não apenas leis esparsas e desconexas.

7. Como agir diante de um crime virtual

Com o grande aumento da prática dos crimes virtuais, torna-se imprescindível saber como agir se for vítima. Segundo Correia (2020) o primeiro passo é identificar o tipo de crime praticado e se for o caso, notificar o provedor responsável pela rede social ou site utilizado para prática do delito. A empresa é obrigada a retirar a ofensa ou fornecer o IP (Protocolo de Internet) possibilitando a identificação do criminoso.

Na grande maioria dos crimes é indispensável ser preservadas todas as provas. Conteúdos como conversas mantidas em aplicativos de comunicação, mensagens de correio eletrônico, conteúdos de páginas, especialmente em redes sociais, devem ser preservados. É recomendável que imprima ou salve em mídia toda coleta de evidências do crime virtual praticado. É necessário dirigir a Delegacia de Polícia para formalização de um boletim de ocorrência. (CORREIA, 2020)

A vítima de crime virtual deve armazenar de imediato as provas do crime, tendo em vista a facilidade que o criminoso encontra em descartar as provas, tornando impossível a comprovação do ilícito. De posse das provas, deve registrar boletim de ocorrência e em alguns casos, procurar um advogado, pois dependendo do crime a vítima pode pedir indenização.

Para utilização do método investigativo da infiltração virtual de agentes, há a necessidade de autorização judicial prévia, devidamente fundamentada, e conforme a responsabilidade de identificar os limites estabelecidos para a infiltração, faz-se necessário o requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, conforme o Art. 190, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. (PASCHOAL, 2020)

8. Como se proteger contra os crimes digitais

Segundo Pinheiro (2016) o grande aumento das fraudes eletrônicas ocorre em decorrência de dois fatores: a falta de conhecimento do usuário sobre segurança da informação, tornando-se presa fácil dos crimes digitais. O segundo fator é a falta de recursos humanos e tecnológicos das autoridades policiais e judiciais, que

necessitam de maior treinamento e preparo para prevenção e condução das investigações desses crimes, para que possa resultar em punição dos criminosos digitais. A autora aponta a conscientização dos usuários como a melhor maneira de combater o aumento das fraudes eletrônicas, por seguirem as seguintes recomendações:

- 1) não abrir arquivos anexados, pois geralmente são programas executáveis que podem causar danos ao computador ou capturar informações confidenciais;
- 2) não clicar em links para endereços da Internet, mesmo que conste o nome da empresa ou instituição, ou, ainda, mensagens como “clique aqui”;
- 3) em caso de dúvidas sobre a origem e veracidade de determinada mensagem, procurar excluir o e-mail evitando executar seus anexos ou acessar os links presentes em seu conteúdo;
- 4) em casos de contaminação por vírus ou outro código malicioso, reformatar a máquina, reinstalar totalmente o sistema operacional e os aplicativos, evitando restaurar backups antigos;
- 5) evitar baixar aplicativos gratuitos só porque são de graça, buscar referências e recomendações de quem já os utiliza, visto que muitos golpistas têm utilizado aplicativos falsos para contaminar o equipamento do usuário e capturar dados do mesmo;
- 6) utilizar softwares de proteção (antivírus, AntiSpam, Antispyware e firewall pessoal) nos computadores de uso doméstico e corporativo, mantendo-os com as versões, assinaturas e configurações atualizadas;
- 7) não emprestar sua senha de e-mail, de Internet, de rede da empresa, de cartão de crédito, de conta bancária em hipótese alguma;
- 8) duvidar do perfil de pessoas que se comunicam em ambientes não seguros e anônimos, como mídias sociais,

evitando clicar e abrir imagens, e fazendo a verificação ou confirmação de identidade sempre que possível (se a pessoa é quem diz ser);

9) registrar a ocorrência na delegacia mais próxima ou na especializada em crimes eletrônicos. (PINHEIRO, 2016, p. 397)

É imprescindível adotar condutas que preze pela segurança, Correa (2020) enfatiza alguns cuidados que devemos adotar.

Algumas condutas de prevenção de riscos devem ser tomadas pela própria pessoa pra que não deixe o aparelho vulnerável. Precisa-se de ter cuidado e muita atenção para garantir a segurança das informações. Existem algumas dicas de segurança importantes de serem aplicadas e que evitam quase que por completa a chance de tornar-se vítima de um cibercrime: sempre utilize senha; mantenha aplicativos atualizados; tenha sempre autenticação; procure não abrir mensagens de remetentes não conhecidos; procure controlar o acesso à rede; não se deve abrir *links* que não sejam identificados ou ainda visitar sites desconhecidos; sempre ter atenção em quem está em volta no momento em que for digitar senhas ou acessar conteúdo confidencial; entre outras.

É notório salientar que, da mesma forma que é necessário adotar medidas de segurança com finalidade de preservar a integridade física, no mundo digital também é importante resguardar-se para não se tornar mais uma vítima dos crimes digitais. Uma simples visita a internet pode resultar em ameaça.

Considerações finais

Diante do exposto pode-se afirmar que junto com o crescente uso dos meios digitais também ocorre à elevação dos crimes cibernéticos, de modo que foram abordados no primeiro capítulo, os meios utilizados por esses criminosos para conseguir os dados de suas vítimas, por sua vez, de posse dos dados da vítima, esses criminosos aplicam os crimes informáticos.

Embora os crimes cibernéticos estejam nas primeiras páginas dos noticiários policiais, a população de modo geral detém pouco conhecimento de suas várias facetas e do perfil desses criminosos. Desta forma, foi abordado no segundo capítulo o perfil dos delinquentes digitais. Quando falamos em criminoso digital, vem em

nossa mente um ser com inteligência acima da média, um gênio, mas na prática, o criminoso digital precisa apenas de conhecimento tecnológico básico.

Como destacado, a vítima do crime cibernético pode ser qualquer pessoa física ou jurídica conectada à rede de computadores, como ou sem internet. Quanto a sua classificação, pode ser próprio ou impróprio, e podemos enumerar uma longa lista de crimes mais praticados no âmbito digital.

Embora seja de grande importância a existência de legislação rígida e vigorosa no combate dos crimes digitais, a realidade brasileira infelizmente está distante do ideal. Além da falta de leis, a dificuldade que a polícia e o judiciário encontram em localizar o autor, a materialidade e aplicar as sanções, contribui para impunidade e estimula a crescente prática do crime digital.

Tendo em vista que as redes da internet tendem a dominar a cada dia a vida da população mundial, intensificando-se com a pandemia do novo Coronavírus, é impreterível saber como agir se for vítima desses criminosos e como se proteger para não se tornar a próxima vítima.

Assim sendo, conclui-se que o combate dos crimes digitais é algo complexo, que envolve o Estado com a necessidade de criação de leis de combate aos crimes digitais, investir em estrutura e preparo do poder Judiciário para identificação e repressão dos infratores, bem como a criação de políticas públicas de orientação da população em geral para que adote medidas de segurança no acesso a rede mundial de computadores.

Referências

ARAÚJO, Fábio Lucena de. Aspectos jurídicos no combate e prevenção ao ransomware. Crimes cibernéticos / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal, MPF, Coletânea de artigos, v. 3, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos. Acesso em: 21/01/2021.

BARRETO, Erick Teixeira. Crimes cibernéticos sob a égide da Lei 12.737/2012. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/crimes-ciberneticos-sob-a-egide-da-lei-12-737-2012/>. Acesso em: 27/01/2021.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 05/02/2021.

BRASIL. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7232.htm. Acesso em: 05/02/2021

BRASIL. Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7646.htm. Acesso em: 05/02/2021

BRASIL. Lei nº 9.609/98, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm. Acesso em: 05/02/2021.

BRASIL. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm. Acesso em: 05/02/2021

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 05/02/2021

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 05/02/2021

BRITO, Aurineu, Direito penal informático. 1º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Conheça as tentativas de golpes financeiros mais comuns na pandemia e saiba como evitá-los. FEBRABAN, 2020. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3522/pt-br#>. Acesso em 20/01/2021.

CORREIA, T. M; TERRON, L. L. S.; CORREA, R. A. Ciber Crimes: aspectos panorâmicos dos crimes informáticos mais praticados e as condutas de prevenção. E-Civitas, 2020. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3001>. Acesso em: 20/01/2021.

CRESPO, Marcelo. Crimes Digitais: do que estamos falando?. Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/crimes-digitais-do-que-estamos-falando/>. Acesso em: 26/01/2021.

CRUZ, Diego; RODRIGUES, Juliana. Crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade. Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito, 13ª ed., Jan. 2018. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/iegWxiOtVJB1t5C_2019-2-28-16-36-0.pdf. Acesso em: 27/01/2021.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. Manual de crimes informáticos. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org). *Marco Civil da Internet*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ONU, Organização das Nações Unidas. Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>. Acesso em: 16/01/2021.

PASCOAL, Luann Araújo. Crimes cibernéticos e infiltração virtual: análise sob o atual ordenamento jurídico brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, jul. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54701/crimes-cibernticos-e-infiltrao-virtual-anlise-sob-o-atual-ordenamento-jurdico-brasileiro>. Acesso em: 25 jan 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHAUN, Guilherme. Uma lista com 24 crimes virtuais. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://guilhermebsschaun.jusbrasil.com.br/artigos/686948017/uma-lista-com-24-crimes-virtuais>. Acesso em: 09/01/2021.

O JULGAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN

LUISA VICTOR KUKUCHI D'AVOLA:

Estudante do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Puc-SP; possui pós-graduação *latu senso* em Direito Constitucional pela PUC-SP e é bacharel em Direito pela mesma universidade. É advogada na área de direito tributário no estado de São Paulo (OAB/SP 321-292)

Resumo: O presente artigo busca analisar, sob a perspectiva teórica da Teoria dos Sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, os sistemas sociais, em especial, a função do direito, o papel do Supremo Tribunal Federal e as interferências com o sistema político. Para tanto, o artigo analisa a decisão do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, em conexão com o Mandado de Injunção (MI 4733) em que a Corte reconhece a omissão do Congresso em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia e determinou, assim, o enquadramento das práticas homofóbicas ao crime de racismo. Adotam-se duas abordagens metodológicas distintas: a primeira exploratória, justamente do enquadramento conceitual de cada um dos principais objetos que envolvem a questão analisada, por meio de uma pesquisa eminentemente bibliográfica; e a segunda, por sua vez, analítica, observando as razões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO n. 26 e do MI 4733. Nesse sentido, o artigo debateu a atuação do Supremo Tribunal Federal e propôs a reflexão sobre se ao criar um tipo penal, estaria esse tribunal transbordando seus próprios limites operativos.

Palavras-Chave: Diferenciação funcional. Niklas Luhmann. Sistema Político. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article seeks to analyze the social systems from the theoretical perspective of the Systems Theory developed by Niklas Luhmann, in particular, a function of law, the role of the Supreme Court and its interferences with the political system. The article analyzes the decision of the STF in the judgment of the Direct Unconstitutionality Action by Omission (ADO) 26, in connection with the Injunction Warrant (MI 4733), in which the Supreme Court recognizes the Congress's omission

in legislating on criminalization of homophobia and transphobia and thus determined the framing of homophobic practices as crime of racism. Two distinct methodological approaches are adopted: the first is exploratory, precisely of the conceptual framing of each of the main objects that involve the analyzed issue, through an eminently bibliographic research; and the second, in turn, analytical, observing the reasons adopted by the Federal Supreme Court in the judgment of ADO n. 26 and MI 4733. In this sense, the article debated the work of the Federal Supreme Court and proposed reflection on whether, by creating a criminal type, this court would be overflowing its own operational limits.

Keywords: Functional differentiation. Niklas Luhmann. Political System. Supreme Court of Brazil.

Sumário: 1. Introdução 2. Os sistemas sociais e a função do direito 3. Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal 4. Conclusão. 5. Referência

1 Introdução

No dia 13 de junho de 2019, por oito votos contra três, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, em conexão com o Mandado de Injunção (MI 4733), os ministros do Supremo Tribunal Federal votaram pelo reconhecimento da omissão do Congresso em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia e determinaram, assim, o enquadramento das práticas homofóbicas ao crime de racismo. O racismo é um crime inafiançável e imprescritível segundo o texto constitucional, no seu art. 5º., inciso XLII 88.

A lei que criminaliza o racismo, por sua vez, é a 7.716/89 e tipifica os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. De acordo com a opinião manifestada no Supremo Tribunal Federal (STF), a homofobia e a transfobia devem ser enquadrados no artigo 20 da referida lei, que prevê pena de um a três anos de prisão para quem praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

O caso julgado chamou a atenção ao debate sobre a legitimidade do tribunal constitucional para criar um tipo penal. Por um lado, conforme artigo 22 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) a criação de tipos penais, por excelência, é matéria de reserva do Legislativo, de competência da União. Por outro, a Constituição Federal, enquanto norma imperativa, determina a proteção aos direitos fundamentais e, por esse motivo, a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios aos direitos dos integrantes da comunidade LGBT seria inconstitucional, sendo papel da Corte Constitucional o controle de constitucionalidade para garantir a tutela dos direitos fundamentais.⁸⁹

Pertinente ao caso, este artigo pretende analisar, por meio da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, as interferências existentes entre o sistema do direito e o sistema político, a fim de analisar o papel dos tribunais e iniciar debates sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da criminalização da homofobia, de modo a refletir se, ao criar um tipo penal, estaria o tribunal indo além dos seus próprios limites operativos.

A Teoria dos Sistemas proposta por Luhmann analisa a comunicação da sociedade com os demais subsistemas sociais. A forma do direito é, pois, encontrada, sobre duas modalidades: da expectativa cognitiva/expectativa normativa e da codificação lícito/ilícito. O Supremo Tribunal Federal, nesse caso concreto, ao ser demandado em razão da inoperância do legislativo, criou uma situação de frustração da expectativa normativa no subsistema jurídico.

2 Os sistemas sociais e a função do direito

Ao analisar as transformações empreendidas pela modernidade, percebe-se a evolução da complexidade das sociedades contemporâneas. A função de compreender e reduzir a complexidade do mundo é assumida por sistemas sociais. Estes são “fragmentos de mundo” e, assim, são menos complexos que o mundo. Eles medeiam a extrema e indeterminada complexidade do mundo e o escasso potencial

⁸⁹ Não é objetivo do artigo discutir se, de fato, a tutela penal é eficiente na proteção de bens jurídicos, ou se efetivamente garantirá a proteção da população LGBTI, pois isso extrapolaria os limites da pesquisa. Não se pode deixar de pontuar, porém, que essa premissa é bastante controversa. As teorias da reação social, que passaram a influir na criminologia principalmente a partir da década de 60 do século passado, impactaram a própria ideia de legitimação do direito penal como garantidor de bens jurídicos, colocando-o, ao revés, como enviesado em sua seletividade (ANITUA, 2008, pp. 569-656). Para uma teoria jurídica do direito penal que aplica muitas dessas ideias criminológicas críticas e, como consequência, sustenta o seu uso ao mínimo, ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003. Sustentando preocupação com a crescente faceta “criminalizante” da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que considera o uso do direito penal como essencial na proteção de direitos fundamentais, MÉGRET; CALDERÓN, 2015.

de sentido que possuem a experiência e a ação atuais, respectivamente. Os sistemas têm a capacidade de apresentar o mundo em fragmentos acatáveis pela experiência humana, segundo Rafaele de Giorgi (DI GIORGI, 2017).

O problema fundamental de cada sistema é sempre a sua estabilidade, ou seja, o reforço e a estabilização dos limites entre sistema e ambiente. O sistema deve sempre ter capacidade de renovação e, para isso, deve se apoiar nos problemas que aparecem dentro dele mesmo e ter capacidade de se reciclar. Portanto, a estabilidade não deve ser concebida como característica de um sistema imutável, ela se dá na relação entre sistema e ambiente, considerando que o último está em constante transformação. Essas transformações devem servir sempre de horizonte e orientação contínua em relação a outras possibilidades (DI GIORGI, 2017).

Os subsistemas surgem, então, a partir de um processo de especificação e de diferenciação funcional, formando os subsistemas sociais, cuja característica primordial será o seu fechamento operacional e sua subsequente autonomia com relação aos outros subsistemas.

Os subsistemas são capazes de absorver a complexidade por meio de um código próprio, operando, porém, de maneira fechada. Não obstante os sistemas serem fechados operativamente, há necessidade de que se mantenham abertos cognitivamente, por meio de estruturas que permitam que as "irritações" do ambiente (complexidade) sejam absorvidas e operadas por meio de código próprio.

Nesse sentido, ao analisar a função do direito enquanto subsistema, para Luhmann (1999), é possível afirmar que é função do direito promover a "generalização congruente de expectativas normativas". A corroborar:

"Generalização" equivale a dizer que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo. (...) Apesar das mudanças no ambiente, o sistema está imunizado contra outras possibilidades e permite a manutenção das expectativas. Isso envolve certa indiferença em relação ao ambiente e à totalidade de expectativas nele existentes e a alta sensibilidade para as expectativas estruturadas normativamente. "Congruente" significa a generalização da segurança do sistema nas três dimensões: temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança

contra incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização) (CAMPILONGO (b), 2011, s/n).

Nesse ponto, vale ressaltar que, em uma sociedade complexa, surgirão a todo momento expectativas normativas. Pode-se classificá-las em expectativas cognitivas e expectativas normativas jurídicas. Por expectativas cognitivas, devemos entender aquelas que se adaptam à realidade em caso de desapontamento, ou seja, que têm capacidade de aprendizado. Já as expectativas normativas jurídicas não estão dispostas à aprendizagem, ou seja, são mantidas no tempo independentemente das frustrações. Vale dizer que são contrafáticas e, por isso, permanecem no tempo.

A característica contrafática da expectativa normativa não é e não deve ser absoluta. Ela deve ser estável, porém mutável. Luhmann (1983) chama a atenção para o cuidado que se deve ter ao analisar essa distinção, pois é preciso que se compreenda sua função. Ambas fornecem possibilidade de estratégias frente aos desapontamentos. Tem-se a opção de assimilá-los ou não, e essas possibilidades podem ser determinantes para a sequência dos acontecimentos da vida após esses desapontamentos (LUHMANN, 1983).

Com o auxílio dessa diferenciação, a sociedade pode ajustar o compromisso entre a necessidade de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação de expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Também deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas (LUHMANN, 1983).

Observe-se que, do relacionamento entre ambas as possibilidades, surge uma seleção compulsória por parte da sociedade em busca da solução dos seus próprios problemas, ora abandonando o comportamento por conta do desapontamento, ora institucionalizando esse comportamento na busca pela transformação da expectativa cognitiva em expectativa normativa. O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização *a posteriori* (LUHMANN, 1983). Essa é a forma de pensar o surgimento do direito com base em desapontamentos.

O direito positivo seria, então, uma estrutura seletiva que se constitui por força de uma escolha operada entre possibilidades diversas. Isto é, o direito tem elevado potencial de redução de complexidade, pois é capaz de selecionar entre as expectativas de comportamento e de isolá-las, fixando-as normativamente. Assim,

fixadas normativamente à estrutura, é então necessário imunizar as expectativas contra frustrações, por meio de processos de generalização e de institucionalização.

Nesse contexto, a positividade do direito significa decidir por normatizar parte das expectativas da sociedade, sabendo que todo o universo que está fora do escopo normativo está contingenciado, podendo ser futuramente selecionado. Pode-se dizer que o direito produz latência, e esse é o paradoxo que Rafaella di Giorgi (2017) define como “consciência da contingência”. Dessa maneira, o direito, apresenta mecanismos para lidar tanto com os “aprendizados” de uma sociedade, quanto para lidar com a “canalização de frustrações”.

Para lidar com os “aprendizados” de uma sociedade, o direito tem as decisões programadoras, nas quais cumpre com a função de produção do direito. São decisões de altíssimo grau de indeterminação, pois tratam de selecionar para a positivação do direito normas dentre toda a complexidade de uma sociedade. Diante da ineficácia da norma, de conflitos de comportamento que geram disfunções, surge a figura do legislador, que pode reagir mostrando sua disponibilidade para corrigir as expectativas. Enquanto isso, para lidar com a “canalização de frustrações”, existem as decisões programadas, nas quais cumpre-se a função de aplicação do direito. Nesse caso, o grau de complexidade está fortemente reduzido. Isto é, para a aplicação do direito, o programa pré-estabelecido é premissa da decisão e condição para que a decisão seja justa. Assim, ela tem que estar dentro de um escopo determinado, reduzindo a complexidade significativamente.

A normatização da expectativa promove generalização, afastando a ideia de subjetividade e individualidade do sistema jurídico. O sistema não está ligado a eventos individuais ou, em outras palavras mais delimitativas, não depende de tais eventos para se manter. Apesar das constantes mudanças no ambiente, os comandos provenientes do sistema permanecem (ou deveriam permanecer) estáveis (CAMPILONGO (b), 2011).

Dessa maneira, são a previsibilidade e a segurança do sistema jurídico que garantem a possibilidade de justiça. Nessa perspectiva, é importante dizer que a justiça não é a referência de valores suprapositivos, éticos ou metajurídicos, mas a consistência adequada ao processo decisório (CAMPILONGO (b), 2011). Dessa maneira, o juiz condiciona sua atuação a partir das decisões programadas. Para Luhmann, desconhecer esse dado e introduzir elementos teleológicos ou de discricionariedade do juiz, significa bloquear a função do direito como estabilizador de expectativas e inviabilizar a redução de complexidade atingida com a divisão de tarefas entre o legislador e o aplicador de normas (CAMPILONGO (a), 2011).

Essa característica funcional do direito, porém, não exclui o fato de os tribunais poderem decidir sobre uma temática de modo diferente das decisões programadas. Considerando que as normas do sistema do direito não são capazes de prever todas as soluções e de satisfazer todas as expectativas, pode-se pensar tal sistema, quanto às decisões judiciais, como um mecanismo de imunização. Em um primeiro momento, quando um tribunal é obrigado a julgar uma questão inédita, cria-se uma insegurança jurídica. Porém, após resolvê-la, cria-se uma situação de previsibilidade futura e, portanto, de expectativa normativa, como se fosse, pois, a memória imunológica criada pelo direito para que os antígenos fossem combatidos futuramente pelos anticorpos (LUHMANN, 2016).

Para Luhmann, o papel das decisões judiciais no sistema jurídico é elemento central, uma vez que é por meio delas que o sistema se reproduz; é por meio das decisões que o direito lança base à sua existência futura, isto é, é por meio das decisões que realiza sua autopoiese. Pode-se afirmar que a decisão judicial se estabelece por contingência, considerando a memória do sentido do direito na sociedade, ao mesmo tempo em que é o espaço de mudança do direito na sociedade. Portanto, é por meio das decisões judiciais que ocorre a atualização do direito (STAMFORD, 2014).

Por fim, para entender como deve funcionar o sistema jurídico na Teoria dos Sistemas, é preciso refletir não apenas sobre a autonomia do sistema, como também sobre seus pontos de entrelaçamento. Para o presente trabalho, de modo a analisar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, vale ressaltar que as grandes categorias do constitucionalismo moderno constroem bases estruturais para a autonomia funcional do direito: divisão de poderes, princípio da legalidade, igualdade perante a lei, Estado de Direito, personalidade jurídica e garantia das minorias são alguns exemplos. As Constituições, por outro lado, são também o ponto de abertura do direito à política (CAMPILONGO (b), 2011).

Os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados para dentro do sistema jurídico com critérios específicos do sistema. Isso significa que, enquanto a política opera num quadro de complexidade quase indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos (CAMPILONGO (b), 2011).

3 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal

O caso em questão, na realidade, os casos em questão tratavam de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e um Mandado de Injunção (MI) 4733.90

Antes, contudo, salientamos que a ADO 26, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Celso de Mello, foi proposta pelo Partido Popular Socialista em face do Congresso Nacional, com a seguinte finalidade “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”.

Em apertada síntese, o autor da ação, Partido Popular Socialista (PPS), alegava a existência de mandamento constitucional de legislar criminalmente, o que obrigaria o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia. Há outros tantos argumentos, mas o que destacamos é que o partido alegou que o Congresso Nacional se recusava até mesmo a votar o projeto de lei que visa efetivar tal criminalização. Portanto, diante dos argumentos apresentados, ainda analisando a ADO, a discussão pairava sobre saber se haveria ou não mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica das figuras apontadas, bem como instaurou-se a discussão sobre a possibilidade de aplicação subsidiária da lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor para a criminalização da homofobia e transfobia e, ainda, se está caracterizado o dever estatal de indenizar as vítimas de todas as formas das discriminações citadas enquanto tais condutas não forem criminalizadas.

Por sua vez, no caso do Mandado de Injunção 4733, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Edson Fachin, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou o referido remédio constitucional também em face do Congresso Nacional, com o objetivo de “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”.

A ABGLT, entidade autora, sustentou que a Constituição Federal permitiria, e ainda permite, a impetração de mandado de injunção com o intuito de criminalizar especificamente determinadas condutas quando tal situação se configure necessária

90) Precipualemente, temos de esclarecer, inclusive por ser uma opção metodológica, que não foi possível abordar cada um dos acórdãos de maneira muito detalhada, posto que juntos somam mais de 800 (oitocentas) páginas. Assim, a análise a seguir trabalhada detidamente as teses estabelecidas no julgamento.

para o exercício das prerrogativas inerentes à cidadania das vítimas em questão. Logo, a alegação foi ao encontro de que existe ordem constitucional de legislar criminalmente, a obrigar o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, posto que constituiriam espécies do gênero racismo e, assim, seria impositiva a elaboração de legislação criminal nesse sentido.

Em sede de análise preliminar formal, o ministro relator não conheceu da ação por entender manifesta a inviabilidade da via injuncional para o caso em comento, citando jurisprudência do Pretório Excelso com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do mandado de injunção, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal de 1988, direito subjetivo este que necessariamente não estaria sendo usufruído pelos seus destinatários, justamente por ausência de determinada norma que regulamentasse e que fosse exigida pela própria Constituição Federal.

Ocorre que, posteriormente, a decisão foi reconsiderada e se permitiu o cabimento do Mandado de Injunção, com alegado fundamento no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, com a função de se examinar a denegação ou concessão do que fora requerido, desde que demonstrada a possibilidade de suprimimento judicial da lacuna apontada.

Destarte, a discussão presente no MI 4733 pairava sobre as seguintes questões: saber se presentes os pressupostos e requisitos necessários ao cabimento do mandado de injunção; se haveria mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia; se seria possível a aplicação subsidiária da lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor para a criminalização da homofobia e transfobia; e se estaria caracterizado o dever estatal de indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia enquanto tais condutas não forem criminalizadas.

Para a ADO 26, a Procuradoria-Geral da República pugnou pelo conhecimento parcial da ação e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida. Por sua vez, em relação ao MI 4733, manifestou-se pelo conhecimento parcial, uma vez que entendeu que o pedido de condenação do estado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar, não se coadunaria com o objeto e o rito de mandado de injunção, mas no mérito pugnou pela procedência do pedido na parte em que fora devidamente conhecida.

Pois bem. O Plenário do Supremo, a partir das ações ora descritas, entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que

criminalizasse atos de homofobia e de transfobia, tendo sido o julgamento conjunto de ambas as ações concluído em 13 de junho de 2019. Assim, por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional em incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT.

Cumpre-nos salientar que os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989), até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por desenvolverem o entendimento de que a conduta só poderia ser punida mediante lei aprovada pelo Poder Legislativo. Por sua vez, o ministro Marco Aurélio não reconheceu a mora legislativa.

Assim, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), o STF, alegando aplicar a “interpretação conforme a Constituição” à Lei de Racismo n. 7.716/1988, entendeu que “práticas homofóbicas, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989”⁹¹. O Supremo Tribunal Federal, na ocasião,

91 E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL : (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS

CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOEROTICA EM NOSSO PAÍS: “ O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA , HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+ : A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS , ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA : CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A , DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL , DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO . PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social , ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica , por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica . Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO

A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos

debruçou-se sobre o conceito de “racismo social” para ampliar a tutela dos direitos fundamentais da população LGBT. Nesse sentido, vale estabelecer na sequência cada uma das teses fixadas na ocasião⁹²:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua

que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF. Plenário, 13.06.2019.

92 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em 11 jan 21.

orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

A Lei de Racismo, porém, é bem clara no seu artigo 20 ao tipificar o crime de racismo como “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Não há, como se vê, a descrição da conduta “racismo social”, tampouco de “homofobia”. A prática de homofobia, portanto, é conduta atípica de acordo com a legislação atual.

Assim, à luz do princípio da legalidade do Direito Penal, que declara que “não existe crime sem lei anterior que o defina” (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal) e do disposto no artigo primeiro do Código Penal Brasileiro, pode-se afirmar que o STF, no referido julgamento, ao ampliar a interpretação, com a ampliação das condutas tipificadas pela Lei de Racismo (Lei n. 7.716, de 08/01/1989), acabou por frustrar a expectativa normativa jurídica sobre o tema da homofobia.⁹³

93 Não se ignora que flexibilização do princípio da legalidade penal, em sua faceta de irretroatividade da lei penal maléfica, tem precedentes históricos internacionais. O julgamento de Nuremberg é exemplo disso. Com o mesmo

Vale ressaltar que é odiosa qualquer conduta que crie ou estimule preconceito ou discriminação contra a população LGBT, mas entendemos que não havendo, na Lei de Racismo, qualquer conduta de homofobia ou racismo social tipificadas como tal, é inviável que os tribunais enquadrem a homofobia (carente ainda de descrição que a tipifique especificamente) como crime de racismo.

Com efeito, enquanto o Congresso não inclui adequadamente a homofobia como crime próprio ao sistema jurídico, descrevendo quais seriam as condutas que a tipificam, deverão aqueles que a cometem responder da maneira como o vinham, isto é, por injúria e difamação, bem como sofrer todos os efeitos na esfera civil. Na ocasião, o tribunal inaugurou um precedente de verdadeira afronta à garantia da legalidade, princípio fundamental de Direito Penal e fundamento basilar do Estado democrático de Direito.

A inauguração pelo STF de um tipo penal que não atende ao adequado estudo da conduta e a seu adequado enquadramento – na verdade, num arremedo para aumentar o grau de apenamento da conduta, de forma enviesada – acaba por prejudicar a persecução daqueles que o cometem.

Como citado no voto do relator (BRASIL (a), 2019, p. 72), o ministro Celso de Melo, os relatórios trazidos pelo “Grupo Gay da Bahia – GGB”, que atuou como *amicus curiae* no julgamento, demonstram que o Brasil é “o campeão mundial desse tipo de crime”. Segundo dados da ONG, no ano de 2017, uma pessoa LGBT foi assassinada por crime de ódio a cada 19 horas. Em 2018, um LGBT foi morto a cada 20 horas. A violência é estrutural e persistente contra esse grupo vulnerável.

É possível que o STF, ao proferir o julgamento, tenha captado um anseio social pelo enquadramento das condutas homofóbicas a um tipo penal de imputação mais gravosa do que a injúria e a difamação. No entanto, é possível, por outro lado, que ao não se atentar adequadamente ao processo legislativo para tanto, tenha fragilizado a imputação às condutas, permitindo ainda mais impunidade, pois não é papel do tribunal constitucional alargar a interpretação de um tipo penal de maneira

pano de fundo, o Parlamento alemão, em 1965, decidiu, com efeitos retroativos, estender a prescrição para os crimes de homicídio praticados no contexto do nazismo – e, posteriormente, viria a eliminá-los –, o que contou com o beneplácito do Tribunal Constitucional Federal alemão (COLLINGS, 2021, pp. 93-99). De notar, porém, que no primeiro caso citado, a flexibilização veio de ato político-jurídico dos vencedores, enquanto no segundo adveio do Parlamento, ambos *players* do campo da política pura. No caso brasileiro, o Supremo fez as vezes de ator político e, *sponte sua*, flexibilizou a legalidade penal em grau ainda mais elevado.

indiscriminada para fazer ajustes aos anseios sociais e é o que podemos observar, mais detidamente, das teses extraídas do julgamento e elencadas, cada qual, alhures.

Essa atuação do STF vai além dos limites do direito e traz ao julgamento uma orientação que é exclusiva do sistema político. As decisões jurídicas passam a ser o lugar para o qual são direcionadas as expectativas normativas. Quando se tem consciência de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão.

Não se nega o fato de que possa haver parcela significativa da sociedade a favor da tipificação de condutas homofóbicas ao crime de racismo. Como anteriormente citado, o próprio direito prevê mecanismos para que a sociedade selecione compulsoriamente, em busca da solução dos seus próprios problemas, o que deverá ser normatizado. Para tanto, o sistema jurídico dependerá do sistema político para que sua função seja materializada, no sentido de que é o sistema político o responsável por impor as expectativas normativas a ele.

Transferir essa responsabilidade aos tribunais é negar a função de redução de complexidade do sistema político, de selecionar entre as expectativas de comportamento e de isolá-las, fixando-as normativamente. No caso da expectativa de criminalização da homofobia, é negar a reserva legislativa e a discricionariedade da política na condução da política criminal no Brasil. Isto é, sendo a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens essenciais e o convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua seleção.

Sobre este tema:

Quando o sistema político não consegue construir e estabilizar esta autonomia em face do ambiente econômico ou político que o circunda, estamos diante de uma das seguintes situações: ou o sistema não é moderno e, conseqüentemente, não distingue suas funções; ou, então, atua de modo "corrompido" (...) "As estruturas do sistema jurídico são aptas para decidir entre o legal e o ilegal. Asseguram o cumprimento da lei. Poderiam, isto sim, dizer se uma decisão política é formalmente correta ou se um contrato é ilícito. Fora daí, o direito moderno não está habilitado a atuar sem perversões. Pretender mais do que sua função autoriza é o primeiro passo

para desvirtuar e enfraquecer o sistema jurídico (CAMPILONGO (a), 2011, p. 86)

Não se nega que a Constituição Federal (CF/88) tem a capacidade de atuar como instrumento efetivo de transformação social sob as lentes do jurídico. Porém, essa operação tem limites, pois, do contrário, há enorme risco de se confundirem os sistemas jurídico e político. Nessa seara, reside enorme risco à democracia, pois os sistemas perdem-se de suas funções e ameaçam a salutar permanência dos papéis que a Constituição Federal se lhes atribui.

Num país como o Brasil, ainda tão carente de justiça social, a tentação de atribuir ao Judiciário um papel transformador é enorme. O grande problema é que este (o Judiciário) resta desestabilizado ao exercer um papel para o qual não foi designado e para o qual não está preparado – e nem deve estar. Pior, fragiliza as bases democráticas do País, pois coloca em xeque a capacidade política daqueles a quem o próprio sistema jurídico atribuiu condições específicas para investidura e funções. Sintetizando a ideia de judicialização da política, nos moldes da teoria luhmanniana⁹⁴, Ran Hirschl (2009, p. 142):

Esse tipo de judicialização é inseparável do fenômeno da captura das relações sociais e da cultura popular e da expropriação dos conflitos sociais por parte do direito. Origina-se da crescente complexidade e contingência das sociedades modernas, ou da criação e expansão do estado de bem-estar social moderno e suas numerosas agências reguladoras. Algumas análises do rápido crescimento da judicialização no âmbito judicial supranacional a descrevem como uma resposta institucional inevitável aos complexos problemas de coordenação gerados pela necessidade sistêmica, em uma era de mercados econômicos convergentes, de se adotar normas jurídicas e regulamentações administrativas padronizadas entre os estados-membros desses mercados.

⁹⁴ Sobre a introdução da teoria: GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Colômbia. Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 103-198.

Quando se fala em garantia dos direitos fundamentais, por sua vez, sempre nos encontramos nessa tênue linha de intersecção entre os sistemas político e jurídico. Isso acontece porque, com certeza, o sistema político ainda não se mostrou capaz de resolver questões primárias, como a que ora tratamos. Outro ponto importante para análise do voto do ministro Celso de Mello é o fundamento em que se apoia a inconstitucionalidade da omissão do legislativo. Segundo o relator:

é alcançada pela norma constitucional que preconiza a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988, art. 5º, XLI), a significar, que essa cláusula constitucional submete o Congresso Nacional à obrigação de editar o diploma legislativo necessário à incriminação dos atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 38).

No entanto, na norma constitucional utilizada como pressuposto para a configuração da omissão, não há comando específico e determinado, mas sim um dever geral de proteção conforme a conveniência e oportunidade do legislador para selecionar aqueles bens jurídicos mais relevantes que merecem a tutela do Direito Penal.

Como já se disse, ao extrair da norma geral um comando vinculante para o Legislativo atuar de forma específica, criando um novo tipo penal sob o pretexto da proteção de um bem que os petionários consideram relevante, ou ainda mais grave, pela via judicial, é abrir precedente para violação ao princípio da legalidade por aplicação da analogia, para se criar penalidades não mencionadas em lei.

Os acoplamentos entre os diversos sistemas parciais são normais. Nesse caso, ele advém da própria especificidade da Constituição Federal: a abertura do sistema jurídico às questões políticas. São interferências inevitáveis, que produzem mudanças no interior dos subsistemas. Sobre os acoplamentos estruturais, provenientes dos ensinamentos de Maturana⁹⁵, o sistema se mantém permanentemente adaptado ao

95 MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana (1984). 5ª ed. trad. H. Mariotti e L. Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

ambiente, mas são promovidas as relações entre sistemas, ou subsistemas, distintos, não apenas com o ambiente, gerando o acoplamento estrutural (LUHMANN, 2005, pp. 31-32). Ao presente artigo, vale observar que o acoplamento estrutural⁹⁶ entre o Direito e a Política (LUHMANN, 2005, p. 51) é regulado da seguinte maneira:

O acoplamento estrutural entre direito e política é regulada pela Constituição. A constituição, por um lado, vincula o sistema político à lei, com a consequência de que comportamentos contrários à lei levam ao fracasso político. Por outro lado, a constituição permite que o sistema político - através da promulgação de leis - inunde o sistema de direito com novidades. Apesar deste acoplamento estrutural, as operações recorrentes internas de cada sistema permanecem separadas: o significado político de uma lei é diferente de sua validade legal⁹⁷.

Corroborando o exposto alhures, GUERRA FILHO (2014, p. 163):

A estrutura dos sistemas sociais fica no seu centro, sendo nele onde se determina o tipo de comunicação produzida pelo sistema. Em volta do centro, protegendo-o, tem-se a chamada periferia do sistema, através do qual ela entra em contato com o meio ambiente e demais sistemas ali existentes. Desde as fronteiras de um dado sistema até o seu centro, - em uma periferia, portanto, forma-se o que E. Munch denominou "zona de interpenetração", onde os sistemas, nos termos de Luhmann, "irritam-se" em decorrência de seu "acoplamento

⁹⁶ Não deixamos de considerar, todavia, a possibilidade de acoplamento entre outros subsistemas, como, por exemplo, a economia e nesse sentido salientamos: BACHUR, João Paulo. **Distanciamento e crítica: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann**. 2009. 356 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-13102009-172653/>>.

⁹⁷ No original: *El acoplamiento estructural entre Derecho y Política es regulado por médio de la Constitución. La constitución, por una parte, ata el sistema político ai derecho, con la consecuencia de que el comportamiento contrario ai derecho conduce ai fracaso político. Por otra pane, la constitución permite que el sistema político — mediante la promulgación de leyes— inunde con novedades ai sistema dei derecho. A pesar de este acoplamento estructural, las operaciones recursivas internas de cada sistema se mantienen separadas: el significado político de una ley es distinto a su validez jurídica.*

estrutural" com outros sistemas. Esse acoplamento necessita ser viabilizado por certos meios (*media*). O meio principal de acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da política, por exemplo, segundo Luhmann são as constituições. Para entendermos isso, é necessário ter em mente que o judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última instância o que é e o que não é direito. Da mesma forma; os demais poderes do Estado, legislativo e executivo, ocupam o centro do sistema político, mas, assim como o judiciário, têm na constituição as pautas mais importantes de balizamento da ação de seus componentes.

Entretanto, esses acoplamentos podem atingir um ponto tão elevado que, muitas vezes, acabam por desnaturar a forma de operação de cada sistema. Isto é, produzem a corrupção do código próprio de cada sistema.

Aqui, salientamos que a corrupção sistêmica pode gerar progressiva indistinção entre norma e exceção. Há ou pode haver um excesso de defesa, como acontece mesmo com as doenças autoimunitárias^{98 99}. A questão deve ser colocada, sob o espectro abordado no presente artigo, é no sentido de entender como deve ocorrer a sobrevivência do sistema social no qual estamos inseridos de maneira global, ou seja, como a sociedade mundial reage diante daquilo que é produzido e representa um "ataque" a ela mesma, posto que estamos a tratar de garantia de direitos fundamentais, mas tal produção, autoimune, poderia ser utilizada para outras pretensões.

98 Sentido atribuído por DERRIDA, Jacques (org.). **A Religião**, trad.: Roberta Barni e Luciano Vieira, Florianópolis: Estação Liberdade, 2000.

99 Sentido desenvolvido por GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoietico na sociedade mundial contemporânea", in: **Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**, Germano Schwartz (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 59 – 69; *Id.*, "Luhmann and Derrida: Immunology and Autopoiesis", in: **Luhmann Observed: Radical Theoretical Encounters**, A. La Cour e A. Philippopoulos-Mihalopoulos (eds.), Londres/Nova York: Palgrave, 2012; CANTARINI, Paola. **Princípio da Proporcionalidade como Resposta à Crise Autoimunitária do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

Destarte, do ponto de vista jurídico o sistema (jurídico) imunológico da sociedade, como o concebe LUHMANN¹⁰⁰, pode ser confrontado com um problema similar ao de um organismo que sofre de uma disfunção autoimune. Indubitavelmente, a “crise” autoimunitária é considerada uma aporia, em outras palavras e corroborando o exposto acima, o que, no sistema jurídico, tem por objeto primordial a proteção pode ser o que promove (agente de) destruição. O paradoxo da autopoiese do direito terminando em autoimunidade revela o paradoxo da inevitável circularidade do Direito e suas raízes políticas nas constituições¹⁰¹.

Em complementação, devemos observar que:

Na democracia, a regra básica é manter elevadas as possibilidades de escolha e abertas as alternativas de decisão. Por isso o Estado Democrático de Direito estabiliza garantias aos direitos das minorias, da oposição e da magistratura. Sem estes mecanismos reduzem-se drasticamente aquelas possibilidades e alternativas. Eliminam-se, do mesmo modo, as oportunidades de reversão das decisões. Se o Judiciário abandona os limites que lhe impõe o sistema jurídico e decide com as lógicas da política ou da economia, estará condenado a sofrer intervenções externas. Restará indiferenciado em relação aos demais sistemas e perderá sua função de vigilante da lei (CAMPILONGO (a), 2011, p. 87).

Neste ponto, há de se fazer uma observação. As Cortes Internacionais de Direitos Humanos, ao extraírem de casos concretos o atentado aos mais diversos direitos do homem, dentre os quais a atenção à diversidade de gênero, nunca faz controle substituindo os Estados e muito menos suas respectivas instituições. Ao contrário, compete a tais cortes, que mais se debruçam sobre tais direitos fundamentais e sobre sua preservação e garantia, a tarefa de orientar os Estados e agentes políticos a ações positivas e medidas concretas. Certamente se as citadas cortes interferissem indevidamente na soberania dos Estados e de suas instituições,

100 LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, pp. 161 e 565 ss.

101 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade informacional**: introdução a uma teoria social sistêmica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

hoje não contariam com a credibilidade que possuem como observadoras e fomentadoras de tais direitos. Ou seja, a garantia da efetivação dos direitos humanos e sociais não passa por uma subversão das funções de cada sistema.

Assim, também é necessário entender que os direitos sociais não são automaticamente garantidos quando positivados. Ao considerar os direitos fundamentais no contexto da Teoria dos Sistemas, Niklas Luhmann há muito consignou que, na sociologia, “o conceito de direitos fundamentais como instituição não indica simplesmente um complexo de normas, mas um complexo de reais expectativas de comportamento, que são atualizados no contexto de um papel social e que podem, contudo, contar sobre um consenso social” (LUHMANN, 1999, p. 45).

Não cabe ao sistema jurídico, portanto, a efetivação do papel inerente ao sistema político, assim como o sistema político deve confiar aos demais sistemas a satisfação de necessidades que sejam autônomos em relação a ele. Isso porque, somente o sistema político tem meios (e assim funciona) de escolher que comunicações sociais, ou que questões públicas podem ser abordadas (considerado o tema e o que lhe permite comunicar).

Os motivos para o resguardo da diferenciação funcional, em especial aquela tratada pelo sistema político, vem bem enunciada por Niklas Luhmann:

O processo de diferenciação da ação política, como uma estrutura particular da sociedade, aumenta a possibilidade de olhar socialmente, de interpretar e, ao mesmo tempo, de questionar casos puramente políticos, levando-os a um limiar de consciência, além do qual sua repressão se torna problemática, mas seu controle social é possível. [...] A diferenciação social elimina a delimitação do poder político, primeiramente na esfera familiar, os pontos de votação para os papéis religiosos e, posteriormente, para os econômicos, e a regula, finalmente, sobre si mesma, despertando a necessidade de substituir a unidade e a generalidade da ordem social, baseada em papéis, por uma legitimação de competências específicas que podem ser gisustificadas e compartilhadas. Tal legitimação deve se apresentar como imanente, racionalmente

controlável e deve tentar dar uma base a um poder racional. (LUHMANN, 1999, p. 215)¹⁰²

A constituição de uma ordem social, orientada para uma diferenciação funcionalmente especificada, e a crescente racionalidade das concepções de vida, bem como as ações que delas derivam, abrem escolhas relativas a um número cada vez maior de situações. A abertura para que os sistemas se imiscuem uns nos outros faz com que os sistemas subvertam a própria comunicação (orientada), de forma que se apresentam de forma absolutamente fragilizada para a sociedade.

É de se dizer que cabe aos tribunais o controle dos atos que atentam contra os direitos subjetivos dos indivíduos, mas não lhes cabe a criação de qualquer direito a estes indivíduos. Niklas Luhmann em obra já citada (1999, p. 304-305), ao analisar as funções legislativa e judicial sobre a implementação dos direitos fundamentais, suscita que “os direitos fundamentais não são apenas aquisições do estado de bem-estar social”, sugere que “a fomalidade”, ou seja, a tipificação, é fundamental, uma vez que o Estado pouco se importa com sua aplicação e implementação. Por outro lado, diz o autor, “a determinação do texto constitucional necessita, sem dúvida, de conteúdo e, para esse fim, devem ser tomadas decisões políticas que não devem ser afastadas da responsabilidade política, para serem enviadas aos tribunais” (LUHMANN, 1999, pp. 304-305). Não se trata de um processo de reconhecimento, segundo o autor, que, em princípio, é independente daqueles que o implementam, mas da definição dos limites do sistema político.

4 Conclusão

A Teoria dos Sistemas, proposta por Niklas Luhmann, analisa a comunicação da sociedade com os demais subsistemas sociais. A forma do direito é, pois,

¹⁰² No original: *Il processo di differenziazione dell'agire político, come particolare struttura della società, cresce la possibilità di guardare socialmente, d'interpretare e, insieme, anche di mettere in discussione casi puramente politici, conducendoli ad una soglia di consapevolezza, oltre da quale diventa problematica la loro rappresentazione, ma possibile il loro controllo sociale. [...]La differenziazione sociale elimina la delimitazione del potere politico dapprima all'ambito familiare, poi ai ruoli religiosi e, successivamente, a quelli economici e lo regola, infine, su se stesso, suscitando l'esigenza di sostituire l'unità e la generalità dell'ordine sociale, fondato sui ruoli, con una legittimazione di competenze specifiche che sia giustificabile e condivisa. Una tale legittimazione deve presentarsi come imanente, controllabile razionalmente e deve tentare di dare fondamento ad un potere razionale.*

encontrada, sobre duas modalidades: da expectativa cognitiva/expectativa normativa e da codificação lícito/ilícito. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, ao ser demandado em razão da omissão do Congresso (sistema político), criou uma situação de frustração da expectativa normativa no subsistema jurídico, não apenas em relação à ADO 26, mas também em relação ao Mandado de Injunção (MI) 4733.

O direito se insere como um dentre os demais subsistemas e, por isso, é também capaz de desenvolver códigos próprios para desempenhar suas funções recíprocas no interior da sociedade. O direito utiliza o código "direito/não direito" ou "lícito/ilícito" e busca a estabilização de expectativas normativas de comportamento, para que seja possível a tomada de decisões que vinculem coletivamente. Portanto, o direito opera como um sistema ao mesmo tempo "fechado normativamente", o que garante a sua manutenção e sua renovação, e "aberto cognitivamente", no sentido de que está em contínua adaptação às exigências do ambiente.

Dessa maneira, apesar de possível a mutabilidade do sistema jurídico, pode-se afirmar que, de uma forma ou de outra, esse sistema permanece, ou deveria permanecer, impermeável às peculiaridades do seu ambiente. Isso porque, de nada adiantaria um sistema jurídico que mudasse seus elementos na mesma velocidade com que mudam os elementos do seu ambiente, ou então, que tivesse de produzir regras individuais para cada participante. Isso tornaria o sistema jurídico ineficaz, visto que se tornaria tão complexo e contingente quanto o ambiente.

O que ocorreu no caso em tela foi uma politização exacerbada do judiciário ou a judicialização da política (como abordado por Ran Hirschl). O Tribunal, em busca de uma adequação social, expandiu seu peso no interior do sistema político. Dessa maneira, o sistema passa a produzir uma maior incerteza jurídica, o que sacrifica, de certa forma, o seu fechamento operacional e, conseqüentemente, enfraquece sua função básica de promover generalização congruente de expectativas normativas, gerando desconfiança sistêmica.

É evidente que ambos os sistemas estão abertos às interferências contínuas de um e de outro. Luhmann destaca o fato de que os programas do sistema jurídico não definem completamente as decisões dos tribunais. Conseqüentemente, as expectativas normativas jurídicas estão expostas às constantes "irritações" provenientes do sistema político, assim como o sistema político também é cognitivamente sensível às operações do sistema judicial, em especial, em casos de controle de constitucionalidade das leis.

No entanto, quando ocorre esse “acoplamento estrutural” entre os dois sistemas, o problema central é que ambos correm o risco de deixar de operar com seus códigos próprios caso haja alopoiese¹⁰³. Isto é, o sistema político já não se demonstra capaz de gerar consenso, nem mesmo de promover grandes agregações de interesse, e o poder judiciário passa a ser percebido como a instância habilitada para superar a ineficácia do sistema político, enquanto no sistema jurídico o resultado são decisões que já não são embasadas na legalidade, de modo que se cria um judiciário que decide com critérios exclusivamente políticos, podendo ser gerada, a partir de então, a crise autoimunitária dentro de cada um dos sistemas, jurídico e político, mas nos cumprui analisar especificamente o jurídico.

5 Referências

ANITUA, Gabriel Inacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BACHUR, João Paulo. **Distanciamento e crítica: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann**. 2009. 356 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-13102009-172653/> >

BRASIL (a). STF. ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 13 jun. 2019. DJE de 06 out. 2020.

¹⁰³ João Trindade Cavalcante Filho assim explica a diferença entre a interpenetração e a alopoiese: “Nesse contexto, é natural que os sistemas autopoieticos possuam pontos de contato e comunicação com outros sistemas (é justamente o conceito de acoplamento estrutural). Quando dois sistemas se comunicam (um remetendo dados e prestações ao outro), de forma a operar com valores iguais ou complementares, coevoluindo por meio do respectivo aumento de complexidade, tem-se o que Luhmann chama de interpenetração de sistemas. Algo que é não só salutar como pressuposto para se dizer que um sistema é autopoietico. [...] Há que se diferenciar, porém, a interpenetração (característica do acoplamento estrutural e do relacionamento do sistema autopoietico com os outros subsistemas que compõem o ambiente) da alopoiese. Esta significa a negação da alopoiese, trata-se da corrupção sistêmica, da definição de elementos de um sistema a partir da programação condicional e do código de outro sistema. Em palavras simples: a alopoiese é a ‘invasão’ de um sistema por outro, corrompendo seu código, aniquilando sua autonomia e tornando-o disfuncional” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 46). Não há como dizer que a autorização constitucional inscrita nos arts. 5º, inciso LXXI, e 103, §2º seja uma abertura para que as funções do sistema político de legislar em matéria penal seja transferida ao sistema jurídico, ainda mais quando a mesma Constituição, em seu art. 62, §1º, inciso I, alínea “b”, impede que medida provisória, originada do Poder Executivo, trate de matéria penal incriminadora.

_____ (b). STF. MI 4733, Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 13 jun. 2019. DJe de 29 set. 2020.

CAMPILONGO, Celso (a) **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ (b). **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018.

COLLINGS, Justin. *Scales of Memory: Constitutional Justice and historical evil*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

DERRIDA, Jacques (org.). **A Religião**, trad.: Roberta Barni e Luciano Vieira, Florianópolis: Estação Liberdade, 2000.

DI GIORGI, Rafaelle. **Ciência do Direito e Legitimação**. Curitiba: Juruá, 2017.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Colômbia. Universidad Externado de Colombia, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade informacional**: introdução a uma teoria social sistêmica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____, Willis Santiago. **Imunologia**: mudança no paradigma autopoietico? *Campo Jurídico*, vol. 2, n. 1, p. 157-174, maio de 2014.

_____, Willis Santiago. "Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoietico na sociedade mundial contemporânea", *in: Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Germano Schwartz (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009.

LUHMANN, Niklas. **O Direito de Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **El derecho de la sociedad** [1993]. trad. Javier Torres. México: Herder, 2005.

_____. **I Diritti Fondamentali come Istituzione**. trad. Stefano Magnolo. Bari: Edizioni Dedalo, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana [1984]. 5ª ed. trad. H. Mariotti e L. Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MÉGRET, Frédéric; CALDERÓN, Jean-Paul S. The move towards a victim-centred concept of criminal law and the “criminalization” of Inter-American Human Rights Law: a case of Human Rights Law devouring itself? *In*: HAECK, Yves; RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo; HERRERA, Clara Burbano (org.). **The inter-american court of human rights**: theory and practice, present and future. Cambridge: Intersentia, 2015.

STAMFORD DA SILVA, A. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016.

VILLAS BOAS, O. e LEITE GONÇALVES, G. **Teoria dos sistemas sociais. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR,

Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO EM REGIME DE ENFITEUSE

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA.

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Embora o Código Civil de 2002, instituído pela 10.406/2002, tenha proibido a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, aquelas até então existente continuam vigentes, subordinando-se às regras do Código Civil anterior, no caso das enfiteuses privadas, e às normas do Decreto-Lei 9.760, de 5 de setembro de 1946, quando se tratar de bens públicos sujeitos ao regime de aforamento.

Através da enfiteuse o proprietário de bem imóvel atribui a outrem o domínio útil do bem, conservando a propriedade crua. O proprietário, então, passa a condição de senhorio direto, conservando a titularidade do bem, ao passo que o enfiteuta se torna o titular do domínio útil do bem, podendo usá-lo, fruí-lo e aliená-lo.

De seu turno, a usucapião, em sua essência, constitui forma de aquisição da propriedade imóvel em razão do exercício da posse por terceiro com *animus domini* por determinado período de tempo, atendidos os requisitos estabelecidos em lei. Por isso também conhecida como prescrição aquisitiva. O Direito, ao reconhecer a aquisição da propriedade por usucapião, está a privilegiar a importância da destinação social do bem em detrimento do dono que abandona seu bem. Nesta linha, são preciosas as ponderações do jurista Carlos Roberto Gonçalves que, com lucidez, assim leciona:

“O fundamento da Usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número

de pleitos, planta a paz e tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos.”¹⁰⁴

Todavia, os bens públicos, em razão do interesse coletivo que representam, não estão sujeitos à incidência da prescrição aquisitiva por usucapião. Por mais que o bem público se encontre em situação de abandono pelo Ente Público e lhe tenha sido dada destinação social por terceiro, a ordem jurídica vigente optou por excluir a possibilidade de usucapião desses bens.

Então, o que nos interessa neste momento é analisar a possibilidade de usucapião de bens públicos sujeitos ao regime de enfiteuse. Sabe-se que, nos termos do artigo 183, § 3º, da Constituição Federal, com replicação no artigo 102 do Código Civil, os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Assim, o questionamento que se faz é se tal dispositivo constitui impedimento para que um bem público com enfiteuse constituída seja usucapido.

Em exemplo, seria a situação de um bem da União com enfiteuse constituída que fosse abandonado pelo enfiteuta e passasse a ser utilizado de maneira útil e ostensiva com ânimo de dono por terceiro. Então, esse terceiro poderia usucapir esse bem?

Ao que parece a usucapião de bem público sob regime de enfiteuse seria possível, mas com a necessidade de alguns apontamentos conceituais, já que, a rigor, o objeto da prescrição aquisitiva seria o domínio útil, e não a propriedade em sim.

O bem público, em hipótese alguma, pode ser adquirido por usucapião, todavia, o domínio útil do enfiteuta pode perecer em função da prescrição aquisitiva. Então, ao que parece, é perfeitamente viável a aquisição do domínio útil de enfiteuse por usucapião, ressaltando que a propriedade pública permanece inalterada. Neste sentido, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, conforme se vê da ementa do julgado abaixo transcrito:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume V, Direito das Coisas. São Paulo: ED. Saraiva, 2006. P235.

1. A revisão das conclusões da Corte de origem acerca da presença dos requisitos legais necessários para a aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária demandaria a reapreciação do contexto fático e probatório dos autos, prática vedada pela Súmula 7 do STJ.

Precedentes.

1.1. É possível reconhecer a usucapião do domínio útil de bem público sobre o qual tinha sido, anteriormente, instituída enfiteuse, pois, nesta circunstância, existe apenas a substituição do enfiteuta pelo usucapiente, não trazendo qualquer prejuízo ao Estado. Precedentes.

2. Esta Corte de Justiça tem entendimento no sentido de que a incidência da Súmula 7 do STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução a causa a Corte de origem.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1642495/RO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 01/06/2017)

Desta forma, percebe-se que a usucapião de bem sob regime de enfiteuse não macula a propriedade crua do imóvel, que permanecerá na titularidade do Ente Público, já que o objeto da prescrição aquisitiva será apenas o domínio útil, e não a propriedade em si.

Neste contexto, é preciso anotar que não nos apreça válida a constituição de enfiteuse por usucapião, mas apenas a transferência do domínio útil em razão de enfiteuse preexistente. Assim, um bem público não é passível de ser alçado ao regime de aforamento em razão de usucapião. O que se possibilita é apenas a transferência por usucapião do domínio útil decorrente de enfiteuse anteriormente constituída.

Assim, ao que se viu, é perfeitamente possível a usucapião de domínio útil de bem sob regime de enfiteuse, ressaltando, todavia, que a propriedade nua do Ente Público deve permanecer intocada. O objeto da usucapião é o domínio útil, e não a propriedade do bem em si considerada.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II – Das Obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume V, Direito das Coisas**. São Paulo: ED. Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume III - Contratos**. ed 12º. Rio de Janeiro: ED. Forense, 2005.

OS IMPACTOS CAUSADOS PELA OMISSÃO DAS LEIS AMBIENTAIS EM RELAÇÃO AO MICROPLÁSTICO

BRUNA GUILLARDI DE SOUZA:

Advogada. Pós-graduanda em Compliance Digital. Bacharel em Direito.

POLIANA MOREIRA DELPUPO MATA

(orientadora)

RESUMO: O plástico é aplicado em diversos âmbitos e sua produção é feita em larga escala, uma de suas principais características é a alta resistência, podendo demorar até 600 anos para se decompor dependendo de sua composição. Recentemente, ocorreu o aumento da preocupação com a poluição por microplástico, sendo que este material pode ser definido como fragmento de plástico com dimensão inferior a 5 mm e é considerado o maior poluente dos oceanos. Apesar de não existirem muitos estudos a respeito dos impactos ambientais que estas micropartículas podem causar, foram realizadas pesquisas que apontam algumas consequências de extrema relevância, que afetam diretamente nosso ecossistema, sendo que é dever de todos preservar e defender o meio ambiente sadio, conforme disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste contexto, este trabalho tem como objetivo principal esclarecer alguns impactos que este resíduo pode gerar por não ter nenhuma limitação legislativa específica em relação a seu uso e seu descarte, assim como tem o propósito de solucionar a questão de como diminuir estes impactos.

Palavras-chaves: Impactos. Lei. Meio Ambiente. Microplástico. Resíduo Sólido.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PLÁSTICOS. 1.1. Classificação. 1.2. Microplástico. 1.3. Ilhas de Lixo. 2. LEGISLAÇÃO SOBRE O MICROPLÁSTICO. 3. MEIO AMBIENTE. 3.1. A Proteção Constitucional. 3.2. Os Impactos Causados. 4. FORMAS DE DIMINUIR OS IMPACTOS CAUSADOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. Anexo A – REPRESENTAÇÃO DOS TIPOS DE MICROPLÁSTICO. Anexo B – A ILHA DE LIXO DO PACÍFICO.

INTRODUÇÃO

O ambiente marinho, por ser extremamente amplo, passa a ideia falsa de possuir recursos infinitos, sendo que as grandes extensões de água salgada ocupam dois terços da superfície do planeta. Desta maneira, as pessoas utilizam as águas

oceânicas de modo irresponsável, sem se preocupar com as consequências de suas atitudes (DE ARAÚJO, DA COSTA, 2003, p. 64).

Assim, são despejados vários tipos de poluentes nos oceanos, como se ao jogar o resíduo neste ambiente, ele fosse simplesmente desaparecer ou ser absorvido, entretanto não é isso o que realmente acontece. Um dos principais poluentes do ecossistema marinho são os microplásticos (ANTUNES, 2020), sendo que eles são definidos como fragmentos de plástico com dimensão inferior a 5mm (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1974), portanto, inicialmente, se faz necessário compreender as características dos resíduos plásticos.

Deste modo, o presente trabalho aborda a respeito da classificação dos plásticos, esclarecendo os tipos e propriedades de cada resina, assim como a forma de sua identificação e o tempo para ocorrer a sua decomposição. Os microplásticos são tratados de maneira específica, sendo explanada as suas formas de origem, classificação, características, interação com o ambiente marinho, locais em que já foram encontrados e pesquisas realizadas no Brasil sobre este tema.

Na sequência, abordamos sobre as ilhas de lixo, que são formadas predominantemente por micropartículas plásticas, sendo que existem cinco ilhas principais que são detalhadas no trabalho.

Posteriormente, é examinada a legislação existente sobre microplástico, sendo apresentadas algumas medidas relacionadas a estas micropartículas, todavia, até o presente momento não existe nenhuma lei vigente que verse especificamente sobre os microplásticos, ou seja, há uma omissão legislativa acerca deste tema.

Ainda no aspecto legislativo, abordamos a proteção constitucional existente em relação ao meio ambiente, sendo retratada a evolução que a Constituição de 1988 representa em comparação as constituições anteriores e o dever que todos possuem de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista que o microplástico traz grandes prejuízos ao ecossistema.

Os impactos causados pelas micropartículas plásticas são demonstrados, apesar de ainda não ser uma questão totalmente esclarecida, existem pesquisas acerca deste assunto, especialmente em relação aos efeitos provocados nos animais marinhos, podendo chegar até a morte.

Nesse cenário, objetiva-se diminuir os impactos gerados pelo microplástico, sendo que uma das formas é a criação de legislação específica, para regulamentar a questão, pois vivemos em um ambiente em que estas micropartículas estão

presentes, mesmo que invisíveis aos olhos humanos, nos mais variados locais, contaminando nosso organismo e ecossistema.

Diante disso, foi apontado todo contexto necessário para entender sobre estes pequenos fragmentos de plástico e alguns impactos que eles podem gerar por não existir nenhuma limitação legislativa específica em relação a seu uso e seu descarte, assim como foram apresentadas maneiras de diminuir estes impactos.

1. PLÁSTICOS

1.1. Classificação

No decorrer do tempo diversos materiais foram confeccionados com o objetivo de favorecer a vida e o cotidiano das pessoas, sendo que os plásticos são uma classe de matérias de alta relevância nesse contexto (DA FONSECA, 2017), tendo em vista que o mundo produz cerca de 300 milhões de toneladas de lixo plástico ao ano (ONU, 2019), pelos motivos principais de possuírem uma alta durabilidade em comparação a outros tipos de matérias e o seu baixo custo de produção (DA FONSECA, 2017).

Desta forma, como o plástico possui uma forte resistência, apesar de ter o lado positivo de durar mais tempo, também possui o lado negativo de causar um grande impacto no meio ambiente quando não descartado da maneira certa, pois demora anos para se degradar (DA FONSECA, 2017).

Assim, para esclarecer os diversos tipos de plásticos existentes hoje em dia, é preciso explicar sua classificação, sendo necessário entender o conceito de polímeros pois são uma categoria maior de matérias em que o plástico está incluído (DA FONSECA, 2017). Portanto, os polímeros são macromoléculas constituídas por unidades menores chamadas monômeros, sendo que a origem desta palavra é a junção de duas palavras gregas, poli (muitos) e meros (partes) (FOGAÇA, 2015).

Conforme Canevarolo Jr. (2006, p. 21), os plásticos, borrachas e fibras são classes da categoria polímeros: " Dependendo do tipo do monômero (estrutura química), do número médio de meros por cadeia e do tipo de ligação covalente, poderemos dividir os polímeros em três grandes classes: Plásticos, Borrachas e Fibras. "

Desta maneira existem várias classes de polímeros, podendo ser de origem natural, que são aqueles sintetizados por seres vivos, encontrados na natureza, como por exemplo a seda, a borracha natural, o amido, ou podem ter a origem sintética

que são aqueles obtidos industrialmente, feitos com o objetivo comercial, tendo por exemplo o nitrato de celulose que foi o primeiro polímero sintético de interesse comercial utilizado para substituir o marfim (JORGE; GASPAR, 2020, p. 29).

Assim, são utilizados diversos termos técnicos, mas o que nos interessa neste trabalho é o plástico que é um polímero de origem sintética, e conforme o autor Canevarolo Jr. (2010, p. 53), na classificação dos polímeros quanto ao comportamento mecânico temos que:

“i - Plásticos: um material polimérico sólido na temperatura de utilização, normalmente a ambiente ou próxima dela. Eles podem ser subdivididos em:

Termoplásticos: plásticos que, quando sob um aumento substancial da temperatura e marginal da pressão, amolecem e fluem, podendo ser moldados nestas condições. Retirada a solicitação (T e P) se solidificam adquirindo a forma do molde. Novas aplicações de temperatura e pressão reiniciam o processo, portanto são recicláveis. São solúveis e possuem cadeia linear ou ramificada. Exemplos: PE, PP, PVC, etc.

Termorrígidos: também conhecidos por termofixos, termoendurecidos, polímero em rede ou em réculo, são plásticos que, quando sujeitos a um aumento substancial da temperatura e marginal da pressão, amolecem e fluem, adquirindo a forma do molde, reagem quimicamente, formando ligações cruzadas entre cadeias e se solidificam. Subseqüentes aumentos de temperatura e pressão não têm mais influência, tornando-os materiais insolúveis, infusíveis e não-recicláveis, assim, os termorrígidos são moldados quando ainda na forma de pré-polímero (antes da cura, sem ligações cruzadas). Exemplos: resina de fenol-formaldeído (baquelite), epóxi (araldite), etc.

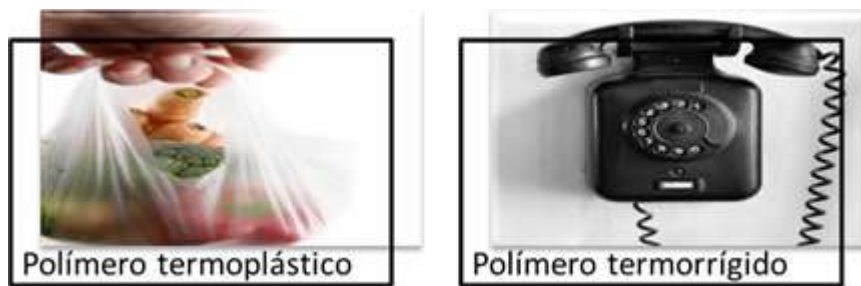
Baroplásticos: plásticos que, com um aumento substancial da pressão e marginal da temperatura, fluem através de rearranjos em sua conformação. Seu estado físico deve ser borrachoso, ou seja, a temperatura de solicitação (T) deve estar entre $T_g < T < T_m$.

(...)

iii - Fibras: termoplástico orientado (com um sentido longitudinal dito eixo principal da fibra) satisfazendo a condição geométrica de $L/D > 100$. A orientação das cadeias e dos cristais, feita de modo forçado durante a fiação, aumenta a resistência mecânica desta classe de materiais, tornando-os possíveis de serem usados na forma de fios finos. Como exemplos, têm-se as fibras de poliacrilonitrila (PAN), os náilons, o poliéster (PET), etc.”

Diante disso, percebemos que o plástico se subdivide em termoplásticos, termorrígidos e baroplásticos, sendo importante destacar que os termorrígidos não são recicláveis e apenas se decompõe se expostos a um intenso aumento de temperatura (CANEVAROLO JR., 2010, p.53), a figura abaixo mostra alguns exemplos práticos que usamos no nosso dia a dia.

FIGURA 1 - EXEMPLOS DE POLÍMEROS



Fonte: FOGAÇA, 2015.





Tendo em vista que, como observado, existem vários tipos de plásticos, e muitos produtos são feitos com estes materiais, nos Estados Unidos da América em 1988 foi criado pela Sociedade das Indústrias de Plástico – *Society of Plastics Industry, Inc.* (SPI), um código de identificação para ser possível reconhecer o tipo específico do plástico utilizado na fabricação dos produtos e ajudar a reciclar recipientes de plástico descartados junto com outros lixos. Geralmente esse código é introduzido na parte inferior do recipiente ou atrás da embalagem do produto, possibilitando a devida separação (GASPARINO; QUEIROZ; COLTRO, 2008, p.119).

A base deste código é um sistema de classificação numérico de um a sete, conforme as resinas que compõe o polímero, estes símbolos são utilizados mundialmente, apesar de a aplicação não ser obrigatória em alguns países (GASPARINO; QUEIROZ; COLTRO, 2008, p. 119). No Brasil foi desenvolvido em 1995 um programa de rotulagem ambiental da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com o objetivo de ajudar a melhorar e/ou manter a qualidade ambiental, assim a aplicação do sistema de classificação foi efetivada pela norma ABNT NBR 13230:2008 – Embalagens e acondicionamento plásticos recicláveis – identificação e simbologia (ABNT, 2017, p. 2, 10).

Esta norma é válida desde 17 de Dezembro de 2008, em que ela disponibiliza uma tabela que exhibe os símbolos e siglas utilizados para reconhecer cada uma das famílias de plásticos elencados na norma, sendo: 1 PET (Polietileno tereftalato), 2 PEAD (Polietileno de alta densidade), 3 PVC (Policloreto de vinila), 4 PEBD (Polietileno

de baixa densidade), 5 PP (Polipropileno), 6 PS (Poliestireno) e 7 Outros (Outras resinas poliméricas) (DE MENDONÇA, 2010, p. 54), conforme demonstra a figura abaixo.

FIGURA 2 - TABELA DE IDENTIFICAÇÃO E SIMBOLOGIA DE RESINAS

Simbolo	Resina termoplástica	Abreviatura em português	Abreviatura em inglês
 1 PET	Poli(tereftalato de etileno)	PET	PET
 2 PEAD	Polietileno de alta densidade	PEAD	HDPE
 3 PVC	Poli(cloreto de vinila)	PVC	V
 4 PEBD	Polietileno de baixa densidade	PEBD	LDPE
	Polietileno de baixa densidade linear	PEBDL	LLDPE
 5 PP	Polipropileno	PP	PP
 6 PS	Poliestireno	PS	PS
 7 OUTROS	Outras resinas	Outros	Other

Fonte: ABNT, 2017.

O PET é um material transparente e liso que foi desenvolvido há mais de 70 anos, as primeiras embalagens utilizando esta resina tiveram origem nos Estados Unidos, sendo que apenas chegou no Brasil em 1988, em que foi utilizado inicialmente na indústria têxtil, somente em 1993 passou a ocupar uma posição

importante no mercado de embalagens, principalmente em refrigerantes (ABIPET, 2010).

Esta resina apresenta como características absorver muita umidade, por volta da temperatura de 265° se fundir, ter uma grande resistência a impactos (SINDIPLAST, 2014) e não ser biodegradável (DE SOUZA, 2009). Podemos citar como exemplos práticos do uso deste material garrafas para água, refrigerante, óleo comestível, molho para salada, entre outros (GASPARINO; QUEIROZ; COLTRO, 2008, p. 121).

O PEAD é uma variação do polietileno, sendo um material opaco, reciclável, impermeável, leve, rígido e extremamente resistente quimicamente, podendo ser usado para embalagens de produtos químicos e de limpeza, resistente as baixas temperaturas (SINDIPLAST, 2014), suportando a temperatura máxima de 120° e mínima de -100° (RACAZA, 2016).

Assim, conforme Wolf (2004, p. 21) esta resina foi descoberta em 1953, sendo que seu consumo no Brasil é de 13, 5% em relação aos outros plásticos (ABIPLAST, 2018), as garrafas para suco, iogurte, leite, produtos de limpeza, potes para sorvete, são exemplos da aplicação desta resina (GASPARINO; QUEIROZ; COLTRO, 2008, p. 121).

O PVC, também é conhecido como vinil, é um material muito versátil, sendo capaz de ter formas flexíveis e rígidas, é impermeável, atóxico, reciclável, leve, um ótimo isolante térmico, acústico e elétrico, possui um longo ciclo de vida, é bem resistente ao fogo, as condições climáticas e a substâncias químicas (RODOLFO; NUNES; ORMANJI, 2006, p. 12, 15, 421, 422).

Esta resina foi desenvolvida em 1835 e no Brasil somente em 1954 foi fabricada com a finalidade comercial, sendo que seu uso no segmento de Construção Civil é estimado em 62% da demanda total e em 2006 era o segundo termoplástico mais utilizado mundialmente, sendo que em 2004 seu consumo no Brasil foi de 2% da demanda mundial. Alguns exemplos práticos de como este material é utilizado são tubos, cabos, calçados, brinquedos, lacres, acessórios médico-hospitalares, entre outros (RODOLFO; NUNES; ORMANJI, 2006, p.11, 12, 16, 17).

O PEBD é um tipo de polietileno utilizado pela indústria desde 1939 até os dias atuais (WOLF, 2004, p. 21), é um material parcialmente cristalino, em que sua temperatura de fusão é entre 110° a 115°, possui grande resistência ao impacto, muita flexibilidade, estabilidade e propriedades elétricas excepcionais e baixa

permeabilidade. Esta resina é aplicada em embalagens para produtos farmacêuticos e hospitalares, brinquedos, revestimento de fios e cabos, tubos e mangueiras, filmes para embalagens agrícolas e industriais, entre outros (COUTINHO; MELLO; DE SANTA MARIA, 2003, p.1-3).

O PP foi desenvolvido originalmente por Giulio Natta em 1953, sendo que no mercado brasileiro foi o que mais cresceu em capacidade instalada, vendas e produção na década de 90, assim houve a evolução dos termoplásticos em aplicações anteriormente atendidas por outras resinas e o progresso do polipropileno sobre aplicações de outros polímeros, gerando o crescimento desse material no mercado visto que sua versatilidade também implica em uma vantagem econômica (CARVALHO; TOLEDO, 2000, p.1, 5, 11).

Desta forma, algumas das propriedades centrais desta resina são a rigidez elevada, boa transparência, fácil reciclagem e alta processabilidade, sendo que as aplicações que são realizadas com este material são carpetes, tecidos, indústria automobilística, embalagens e utilidades domésticas (DE CARVALHO, 2007, p. 99).

O PS foi introduzido industrialmente em 1930 na Alemanha, ele é um material transparente, de fácil processamento, densidade baixa, estabilidade térmica, custo baixo, ótimas propriedades elétricas, elevado módulo de elasticidade. Este material é empregado em várias aplicações como por exemplo em caixas de CD, maçanetas de automóveis, partes de secadores de cabelo, embalagens, canetas, copos, equipamentos aeronáuticos, gabinetes de computador, utensílios domésticos, etc. (VERONESE, 2003, p.1, 5).

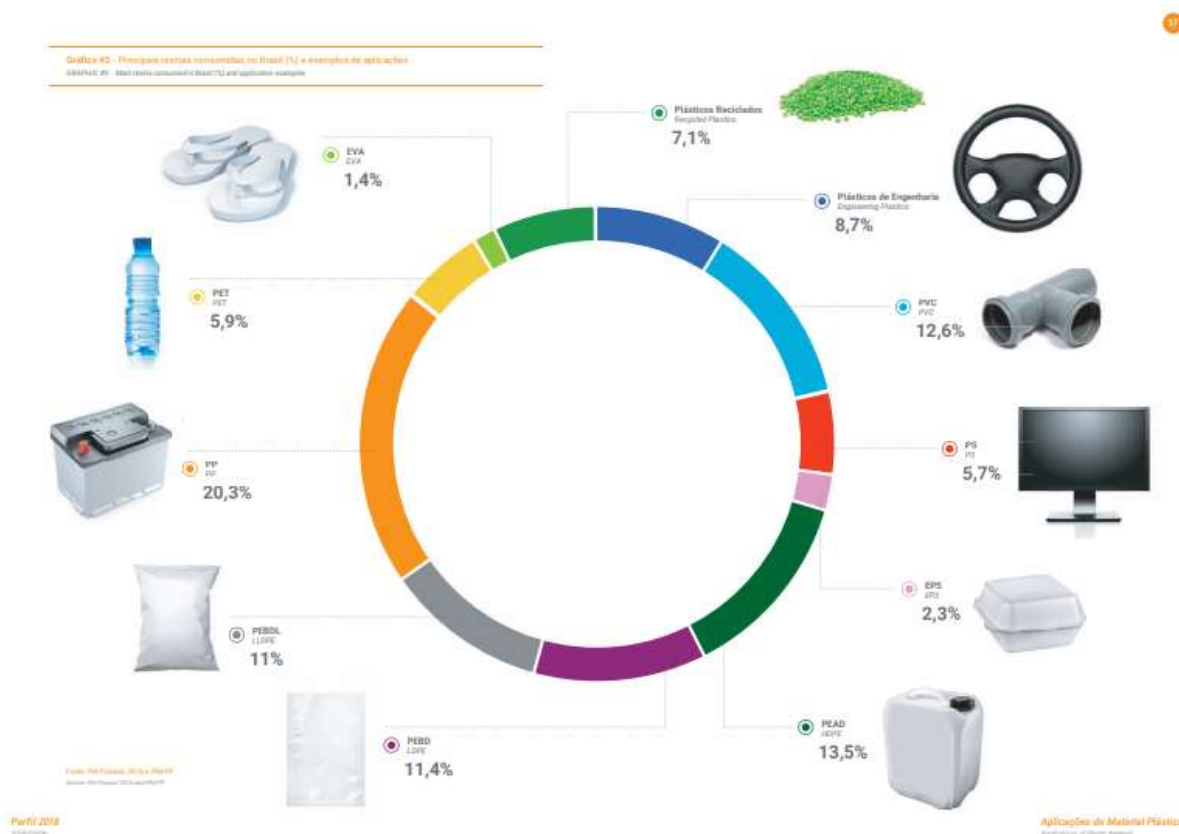
Por fim o número 7 representa os demais tipos de plásticos que não possuem numeração específica como policarbonato, EVA, ABS, poliamida e acrílicos, assim como a combinação de dois ou mais tipos de plástico (SOTO; ORTEGA; CHAPMAN, 2012, p. 16, 17).

Diante disso, a norma ABNT NBR 13230:2008 estabelece diversos requisitos de como aplicar estes símbolos, como por exemplo as abreviaturas podem ser escritas na versão bilíngue (português e inglês), todavia, sempre deve fazer o uso da versão portuguesa, além disso caso a embalagem for muito pequena, em que existe dificuldade na impressão ou relevo do símbolo e da abreviatura juntos, apenas a abreviatura pode ser excluída, sendo que o símbolo deve ser mantido e ainda a norma também indica as dimensões e ângulos para a representação dos símbolos por meio de desenhos técnicos, em que as porções descritas devem ser respeitadas com a finalidade de tornar a leitura mais fácil acarretando em um modo mais simples

para realizar a separação do material na linha de triagem (GASPARINO; QUEIROZ; COLTRO, 2008, p.120).

Desta forma, no Brasil o tipo de resina mais utilizada é o polipropileno e a menos aplicada é o EVA conforme demonstrado abaixo.

FIGURA 3 - PRINCIPAIS RESINAS CONSUMIDAS NO BRASIL (%) E EXEMPLOS DE APLICAÇÕES



Fonte: ABIPLAST, 2018.

Infelizmente, anualmente cerca de dez milhões de toneladas de plástico acabam chegando nos mares e oceanos e o tempo para ocorrer a decomposição deste material é extremamente longo, sendo que um simples copo de isopor demora por volta de 50 anos, uma garrafa de água 450 anos e uma linha de pesca 600 anos. Em uma pesquisa divulgada em 2015 pela revista Science, que analisou quase 200 países que possuem locais litorâneos e colaboram para o despejo de plásticos nas águas oceânicas, o Brasil ocupou a posição 16º, sendo que o país que ficou em primeiro lugar foi a China (BBC, 2017).

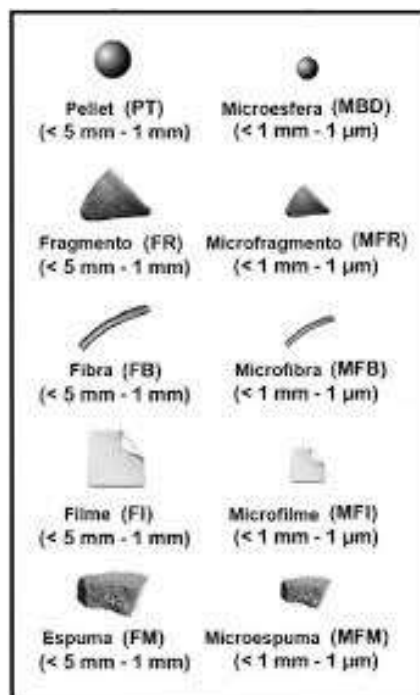
1.2. Microplástico

Com o passar do tempo ocorre a consecutiva fragmentação dos resíduos plásticos maiores à medida que são expostos ao meio ambiente, criando detritos de plásticos cada vez mais reduzidos. No ambiente marinho estes pequenos detritos foram citados pela primeira vez na literatura científica no começo dos anos 70, sendo que apenas em 2004 a palavra microplástico foi utilizada pelo pesquisador Richard Thompson, para descrever estes pequenos pedaços de plástico e até hoje este termo é empregado pela comunidade científica (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1974).

Conforme o workshop internacional de 2015 realizado pela *National Oceanic and Atmospheric Administration* (NOAA), para ser considerado um microplástico a partícula deve possuir dimensões inferiores a 5mm, este é o posicionamento mais aceito, entretanto existem outros autores que atribuem outros tamanhos na definição deste termo (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1974).

Dependendo do tamanho e aparência destas partículas, foi definida a subdivisão em dez tipos de microplásticos, conforme demonstrado na Figura 4 representada em maior escala no Anexo A (VIEIRA, 2020, p.9).

FIGURA 4 - REPRESENTAÇÃO DOS TIPOS DE MICROPLÁSTICO



Fonte: VIEIRA, 2020.

O microplástico primário e o microplástico secundário são os dois tipos de classificações dos microplásticos presentes no meio ambiente, sendo que ela foi realizada conforme a origem do material, deste modo de acordo com Olivatto *et al.* (2019, p.1974) temos que:

“Os microplásticos presentes no meio ambiente recebem dois tipos de classificações de acordo com a origem do material: microplástico primário e microplástico secundário. O microplástico primário é aquele que já foi produzido em tamanho microscópico para compor a formulação de determinados produtos, denominado pela indústria como “*pellet*” e o microplástico secundário é aquele resultante da fragmentação de artefatos de plásticos maiores descartados no meio ambiente, que tanto pode ocorrer no ambiente aquático ou terrestre. ”

Desta maneira a partícula microscópica chamada “*pellet*”, é a matéria-prima para a produção de materiais plásticos nos diversos setores da indústria, sendo que este material pode afetar o meio ambiente quando descartado de maneira inadequada, podendo ser achado perto de complexos industriais, portos e alto mar (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1975).

Já os macroplásticos, apesar de possuírem resistência a degradação e longevidade, quando exposto as condições climáticas do meio ambiente como a presença de oxigênio, radiação UV, umidade, mudanças de temperatura, contato com microrganismos e contaminantes, se fragmentam, passando a ser classificado como microplástico secundário (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1976).

Ao longo dos últimos anos, a comunidade científica desenvolveu uma maior apreensão pelo fato do aparecimento de microplásticos em vários lugares, como compartimentos ambientais e produtos de consumo humano, tal qual alimentos e bebidas. Além disso, este material foi encontrado no ar atmosférico, sedimentos, em amostras de água doce e marinha (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1977, 1978).

A locomoção do microplástico no ambiente marinho se dá por vários motivos, sendo que podemos destacar como principal a proximidade das fontes poluidoras. Apesar disso, os fragmentos de baixa densidade podem se deslocar por vários quilômetros, até mesmo atingindo regiões afastadas que não tiveram nenhuma atuação humana, isso é possível pois os resíduos são levados por correntes

oceânicas, ventos, turbulências geradas pela circulação de embarcações (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1978).

A densidade do microplástico varia, sendo que é ela a determinante de onde este resíduo é encontrado no ecossistema aquático, assim os de baixa densidade possuem a característica de alta flutuação, portanto são detectados principalmente na superfície da água, já os de alta densidade são mais propensos a serem encontrados nas profundezas. No entanto, esta propriedade pode aumentar conforme o tempo que a matéria fica depositada no ambiente, pois pode ocorrer a produção de biofilmes, colaborando na sedimentação e aglomeração (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1978).

Assim, estes resíduos que ficam situados em sedimentos submetidos a baixas temperaturas e sem a presença de luz UV, são mais resistentes ao fenômeno de degradação dos plásticos que é denominada degradação foto-oxidativa, deste modo são preservados com mais facilidade. Quando este resíduo é depositado no ambiente terrestre ocorre a mesma dinâmica e distribuição, sendo possível admitir os fragmentos de microplástico como indicativo de um período geológico (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1978).

Também foi efetuada a análise da relação entre os plásticos e microplásticos e as espécies marinhas, sendo que os seres vivos aquáticos acabam ingerindo estes resíduos pois frequentemente os confundem com alimentos. Desta maneira, frutos do mar e sais foram examinados e obtiveram resultados positivos em relação a presença do microplástico (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1978).

De acordo com uma pesquisa realizada pelos estudiosos da Coreia do Sul e do Greenpeace do leste da Ásia, este resíduo foi detectado em diversas marcas de sal de cozinha, em que, das 39 marcas testadas, 36 apresentaram microplásticos, sendo que os níveis mais altos desse fragmento foram identificados no sal marinho, consecutivamente no sal do mar e por fim no sal de halita (PARKER, 2018).

A comunidade científica vem realizando também diversos estudos e pesquisas sobre a relação existente entre os plásticos e seres aquáticos, todavia o Brasil não possui muita atividade nesta área (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1978). Assim no estudo realizado pela Olivatto *et al.* (2019, p.1980-1984), temos o seguinte quadro expondo as pesquisas brasileiras e seus resultados.

QUADRO 1 - METODOLOGIAS EMPREGADAS NOS ESTUDOS SOBRE MICROPLÁSTICOS EM MATRIZES AMBIENTAIS BRASILEIRAS E SEUS PRINCIPAIS RESULTADOS.

Local	Matriz ambiental	Metodologia	Principais resultados	Referência
Praias do Rio Grande do Sul	Biota	Os microplásticos foram coletados do material biológico de Proceltariforme e submetidos à extração por Soxhlet para a identificação e quantificação por cromatografia gasosa (GC ECD) de poluentes orgânicos adsorvidos. Após as análises químicas dos POP os microplásticos foram identificados visualmente e por densidade.	Foram identificados os compostos bifenilos polibromados (PCB) e organoclorados (OCPS) nos microplásticos identificados como fragmentos e pellets.	Colabuno et al.
Estuário Goiânia, de Pernambuco	Biota	Detritos de plásticos foram coletados do material estomacal de peixes e caracterizados com o auxílio de lupa binocular.	Foram analisados o material estomacal de 182 peixes, de 3 diferentes espécies. Todas as espécies apresentaram contaminação por microplásticos fibras e fragmentos	Possato et Al.
Estuário de Paraíba e	Biota	Microplásticos foram coletados do material	Foram coletados 196 indivíduos de 24	Vendel et al.

Estuário de Mamanguape		estomacal de peixes e caracterizados de acordo com as suas propriedades físicas.	diferentes espécies, 9% dos indivíduos apresentaram contaminação por microplásticos. Os tipos de microplásticos predominantes foram fibras fragmentos e filmes.	
Estuário de Santos, São Paulo	Biota	Realizaram a digestão ácida da matéria orgânica contida nos microplásticos coletados do material biológico do mexilhão e a caracterização dos microplásticos foi feita com o uso de microscópio.	75 % das amostras de mexilhões analisadas apresentaram contaminação por microplásticos.	Santana et al.
Rio Pajeú, Pernambuco	Biota	Microplásticos coletados do material biológico de peixes foram caracterizados de acordo com o tamanho com o uso de microscópio.	83% dos indivíduos analisados apresentaram contaminação por detritos plásticos	Silva Cavalcanti et al.
Rio Amazonas, Pará	Biota	Os conteúdos estomacais e intestinais dos peixes	14 % das espécies analisadas apresentaram	Pegado et al.

		coletados foram retirados para serem examinados. As partículas de microplásticos foram separadas após a digestão em etanol 70 % e identificadas no microscópio com câmera acoplada.	contaminação por microplásticos na faixa de tamanho de 0,38 a 4.16 mm.	
Praia de Boa Viagem, Pernambuco	Sedimento	Amostras de sedimento foram coletadas por 1m raspando os primeiros 2 cm de areia em uma área de 988 cm. As partículas foram caracterizadas fisicamente com auxílio de microscópio.	Foram coletados um total de 2775 detritos plásticos, sendo 35,8 % o correspondente a microplásticos de até 1 mm.	Costa et al.
Arquipélago de São Pedro e São Paulo, Pernambuco	Água	Amostras de água foram coletadas a partir do arrasto superficial com rede de plâncton e os microplásticos presentes foram filtrados e caracterizados fisicamente com auxílio de microscópio	Os microplásticos predominantes foram fragmentos, fios e borracha, sugerindo que a principal fonte poluidora seja corrente oceânica as correntes oceânicas.	Ivar do Sul et al.

<p>Estuário de Goiânia, Pernambuco</p>	<p>Água</p>	<p>Amostras de água foram coletadas a partir do arrasto superficial com rede de plâncton e os microplásticos presentes foram filtrados e caracterizados fisicamente com auxílio de microscópio</p>	<p>Foram encontrados microplásticos rígidos, flexíveis e fios nas amostras analisadas. A quantidade de microplásticos coletados correspondeu a metade da quantidade total de larvas de peixes coletadas</p>	<p>Lima et al.</p>
<p>Estuário de Goiânia, Pernambuco</p>	<p>Água</p>	<p>Amostras de água foram coletadas com rede de plâncton e os microplásticos presentes foram filtrados e caracterizados fisicamente com auxílio de microscópio</p>	<p>As diferentes fases da lua influenciaram na distribuição abundância de larvas de Lima peixes, zooplâncton e al detritos de plásticos.</p>	<p>Lima et al.</p>
<p>Praia de Santos, São Paulo</p>	<p>Sedimento</p>	<p>Pellets foram coletados em sedimento arenoso. No laboratório, microplásticos primários foram submetidos a extração por Soxhlet e em seguida o extrato orgânico foi identificado e</p>	<p>Os resultados indicaram hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPA) em todas as amostras coletadas.</p>	<p>Fisner et al.</p>

		quantificado por cromatografia gasosa com espectrometria de massa (GC/MS)		
Baía de Santos, São Paulo	Sedimento	Amostras de sedimento foram coletadas em diferentes praias de Santos para investigar contaminação a pôr microplásticos pellets. Os microplásticos separados foram identificados quimicamente por espectroscopia Raman e microscópio óptico.	A distribuição dos pellets no sedimento arenoso foi mais abundante da superfície para as camadas mais profundas	Turra et al.
Baía de Santos, São Paulo	Sedimento	Esse estudo analisou hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPA) extraídos dos microplásticos pellets coletados em sedimento arenoso de praias. O método analítico empregado foi a extração por Soxhlet seguida da identificação e quantificação por cromatografia gasosa acoplada à espectrometria de massa (GC/MS)	HPA foram identificados em todas as amostras analisadas. Os pellets coletados nas camadas superiores do sedimento apresentaram maiores concentrações de HPA.	Fisner et al.

Baixada Santista, São Paulo	Sedimento	Microplásticos pellets foram coletados em 41 praias localizadas em 15 municípios. Poluentes orgânicos persistentes (POP) de diferentes classificações foram extraídos por Soxlet e identificados e quantificados por cromatografia gasosa acoplada a espectrometria de massa	Todas as amostras de pellets analisadas indicaram contaminação por pops adsorvidos aos microplásticos pellets. As concentrações foram reportadas em ng. g	Taniguchi et al.
Estuário de Paranaguá, Paraná	Sedimento	Esse estudo investigou a influência espacial e temporal (ciclos de maré) na abundância e distribuição de microplásticos pellets. Microplásticos pellets foram coletadas em sedimento arenoso e quantificados em diferentes ciclos de maré.	Os resultados indicaram que a distribuição e a abundância de microplásticos são influenciadas pela variação temporal.	Moreira et al.
Baixada Santista, São Paulo	Sedimento	Microplásticos pellets foram coletados em sedimento arenoso de 19 praias. No	Os metais foram identificados em todas as amostras analisadas, na	Vedolin et al.

		laboratório, os pellets foram submetidos digestão acida para identificação dos metais Al, Cr, Cu, Fe, Mn, Sn, Tie Zn por espectrometria de emissão atômica por fonte de plasma (ICP-OES)	concentração em mg kg. As concentrações predominantes foram para os metais Fe a Al	
Baía de Guanabara	Sedimento	Amostras de sedimento arenoso foram coletadas em 17 praias na estação do verão e inverno. Os microplásticos foram separados por densidade com o uso de solução salina e caracterizados fisicamente por microscopia.	A abundância de microplásticos variou de acordo com os fatores espaciais e sazonais. Todas as praias indicaram contaminação por microplásticos, os tipos predominantes foram fibras, fragmentos, pellets e isopor	Carvalho e Neto.
Baía de Guanabara, Niterói	Água	Análise qualitativa por espectroscopia no infravermelho, quantitativa (contagem manual) e morfológica de microplásticos coletados através do arrasto superficial com rede de plâncton.	Os resultados predominantes foram os polímeros polietileno e polipropileno, microplásticos fragmentos, coloridos e de tamanho inferior a 1 mm.	Castro et al.

<p>Baía de Guanabara, Rio de Janeiro</p>	<p>Água superficial</p>	<p>Amostras de águas superficiais foram coletadas com rede de plâncton por arrasto horizontal. No laboratório, as amostras foram filtradas e os microplásticos caracterizados quimicamente e morfologicamente por espectroscopia no infravermelho, análise elementar e microscopia com processamento digital de imagens</p>	<p>Todas as amostras analisadas indicaram contaminação por microplásticos. Os resultados predominantes foram microplásticos categorizados como fragmentos, de tamanho inferior a 1 mm, coloridos e de identidade química polietileno polipropileno.</p>	<p>Olivatto et al.</p>
<p>Baía de Guanabara, Rio de Janeiro</p>	<p>Água</p>	<p>Amostras de água foram coletadas através do arrasto oblíquo com rede de plâncton. Os microplásticos isolados foram analisados quimicamente por espectroscopia no infravermelho e morfologicamente por microscopia</p>	<p>Os resultados predominantes foram microplásticos categorizados como fragmentos, de tamanho inferior a 1 mm, coloridos e de identidade química polietileno e polipropileno.</p>	<p>Figueiredo et al.</p>
<p>Ilha Trindade, área remota</p>	<p>Ninho de passarinho</p>	<p>Fragmentos de microplásticos foram coletados em ninho de passarinho. No</p>	<p>Distante de possíveis fontes poluidoras, a contaminação nessa</p>	<p>De Souza et al.</p>

		laboratório, esses microplásticos foram classificados de acordo com a cor e tamanho.	área remota indica que as correntes oceânicas são responsáveis pela distribuição desses microplásticos	
--	--	--	--	--

FONTE: OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1980-1984.

Desta maneira, podemos observar que o microplástico é encontrado em diversas situações, sendo que nestas pesquisas todos os resultados apresentam contaminação por este resíduo, portanto convivemos com a presença dessas partículas que contaminam nosso ecossistema e organismo.

Na água doce da Europa, Ásia e América do Norte também foi apontado a presença de microplástico, levando em conta que os rios colaboram com o deslocamento de por volta de 80% dos resíduos sólidos existentes no oceano. Pela perspectiva da saúde humana, a contaminação da água doce pelos microplásticos pode ser considerada a mais preocupante, tendo em vista a necessidade da ingestão de água potável por todas as pessoas (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1978).

Diante disso, foi realizada a análise em cerveja, água de torneira e água mineral comercializada, sendo que no resultado final foi identificado a presença do microplástico na composição de todos esses produtos (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1978). Na pesquisa realizada pela organização Orb Media, conforme a Figura 5 demonstrada abaixo, o maior número de partículas deste resíduo encontrado em somente um litro de água engarrafada excedeu 10 mil, sendo que seu consumo é de aproximadamente 314,6 por litro, mas não se sabe ainda a quantidade de partículas que chegam na nossa corrente sanguínea (WALKER, 2018).

FIGURA 5 - PARTÍCULAS POR LITRO DE ÁGUA ENGARRAFADA



Fonte: WALKER, 2018.

A produção da marca Minalba é realizada no Brasil, sendo que o fabricante é o Grupo Edson Queiroz, a confecção das demais marcas são em outros países, tal como México, França, Itália, Alemanha, Líbano, China, Índia, Tailândia, Indonésia Quênia e Estados Unidos. Os principais tipos de plásticos encontrados foram o nylon, o PET e o polipropileno, todavia a origem da contaminação ainda não foi descoberta (WALKER, 2018).

Além do sal e da água, outra parte ambiental que demonstrou estar contaminada com microplástico foi o ar atmosférico. Na pesquisa realizada em Paris os resultados indicaram que acontecem diariamente a precipitação de 2 a 355 partículas/m² de fibras microplásticas (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1978).

Diante de todos resultados das pesquisas e estudos realizados, podemos concluir que o quadro de exibição de microplásticos que a população está sujeita é muito preocupante, tendo em vista que estes resíduos podem gerar impactos ecológicos e para a saúde das pessoas (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1979), sendo que caso não ocorram mudanças no modo que lidamos com esta matéria, no ano de 2050 existirá mais plástico do que peixes no oceano (ONU, 2018).

1.3. Ihas de Lixo

Com o descarte inadequado de todos plásticos, sendo descarregados nos oceanos há mais de seis décadas, gerou o resultado de 8,3 bilhões de toneladas deste

material em circulação. Desta maneira, imensas aglomerações de lixo constituídas predominantemente por microplásticos flutuam dentro das correntes rotativas e ficam presas em enormes redemoinhos, gerando as ilhas de lixo plástico conforme a figura abaixo (IBERDROLA, 2019).

FIGURA 6 - AS CINCO PRINCIPAIS ILHAS DE PLÁSTICO OCEÂNICO NO MUNDO



Fonte: IBERDROLA, 2019.

Diante disso, existe na área central de todos os grandes oceanos aglomeração de resíduos que boiam, que são denominados de "giros", assim as manchas de lixo se originam das correntes oceânicas (SOBREIRA, 2019, p.18), sendo que as principais fontes geradoras de lixo que fazem parte de sua composição são 20% marítimas, com a pesca comercial, aquacultura, atividades de recreio, marinha mercante, militar e de investigação e 80% terrestres com as atividades industriais, transporte pelos rios, falhas na gestão de resíduos, cheias, abandono de lixo e descargas de águas residuais (VASCONCELOS, 2015, p.8).

Existem várias ilhas deste tipo pelo mundo, todavia temos cinco principais que são consideradas as maiores, sendo duas no Pacífico, uma no Índico e duas no Atlântico (IBERDROLA, 2019). Dentre essas, a ilha com maior popularidade é a que fica entre a Califórnia e o Havaí, em que uma de suas denominações é Giro do Pacífico Norte (MIRANDA, 2010, p.20).

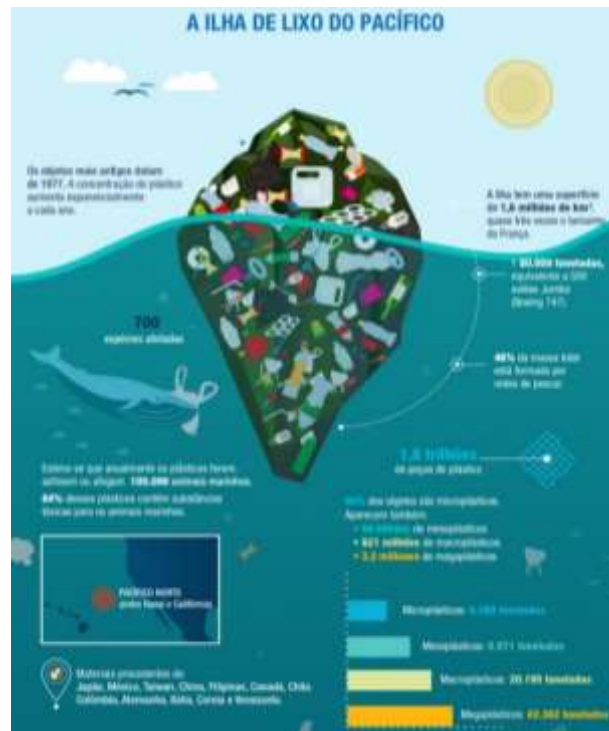
Esta mancha de lixo foi a primeira a ser descoberta pelo oceanógrafo Charles Moore em 1997, e recebeu o apelido de sétimo continente, tendo em vista que possui dimensões três vezes maiores que a França e é formada por 1,8 trilhões de fragmentos de plásticos flutuantes, sendo considerada o maior depósito de lixo oceânico do mundo, gerando conseqüentemente a morte de milhares de animais que vivem no mar (IBERDROLA, 2019).

Em 2017 foi constatado que esta ilha alcançou a extensão territorial de 1,6 milhões de km², com 80 mil toneladas de plástico, número este que permanece aumentando de acordo com a pesquisa científica divulgada em 2018 pela revista *Nature*. Embora esta mancha seja imensa, ela não consegue ser visualizada pelos satélites, tendo em vista que pequenos pedaços de plástico que se soltam de outros maiores, por causa da erosão, compõe 94% de sua estrutura (IBERDROLA, 2019).

Existem comprovações científicas de que os materiais que fomentam esta ilha têm origem especialmente no continente asiático, além disso o crescimento da pesca industrial que ocorre no Pacífico também colabora para esta situação. Na investigação realizada, foram encontrados materiais que possuíam escritas em nove línguas distintas, entre elas a japonesa ou chinesa, sendo que o final da década de 1970 foi a data do pedaço mais arcaico identificado, de acordo com a pesquisa exposta na revista *Nature* (IBERDROLA, 2019).

A Figura 7, representada em maior escala no Anexo A, demonstra as principais características dessa ilha e podemos destacar um dado revoltante, aproximadamente 100.000 animais marinhos se ferem, afogam ou asfixiam por ano por causa dos plásticos dessa ilha que possuem elementos tóxicos (IBERDROLA, 2019).

FIGURA 7 - A ILHA DE LIXO DO PACÍFICO



Fonte: IBERDROLA, 2019.

Em relação as outras ilhas, apesar de não serem tão extensas, também geram um enorme impacto ambiental, a ilha de plástico do Atlântico Norte que é encontrada flutuando entre Nova York, Miami, Caracas, Dakar e Casablanca, não possui sua dimensão exata reconhecida, sendo que uma de suas características é o fato de apresentar em alguns pontos a densidade de partículas aproximadamente de 7.220 unidades/km² (IBERDROLA, 2019).

Já a ilha do Pacífico Sul está localizada perto de Lima e possui extensão em torno de 2,6 kms², assim tem como característica revelar em seu centro a densidade próxima de 400.000 partículas por m². A ilha do Atlântico Sul é situada entre o Rio de Janeiro e a Cidade do Cabo e é considerada a menor dessas ilhas com 0,7 km², sendo que se compõe de aproximadamente 2.860 toneladas de plástico. Por fim, a ilha do oceano Índico se encontra entre Antananarivo e Perth, possuindo por volta de 2,1 e 5 km², apresenta relação com a morte de aves e tartarugas marinhas (IBERDROLA, 2019).

Assim, a poluição dos mares por plásticos tem uma proporção catastrófica, nem sequer os especialistas em oceanografia conseguem mensurar a quantia exata de lixo flutuante existente neste ambiente. Para ser realizada a pesquisa necessária a fim de descobrir mais dados é preciso um enorme investimento financeiro e o oceano

é muito amplo e diversificado. No ano de 2002, em uma publicação da revista *Nature* foi divulgado que no decorrer da década de 90, ocorreu o aumento da presença de lixo em duas vezes nas águas próximas à Grã-Bretanha e os pesquisadores constataram que, conforme o local de onde são retiradas as amostras, entre 60 e 95 por cento dos resíduos sólidos marinhos atualmente são compostos por plástico (MIRANDA, 2010, p.21).

Diante disso, é evidente o alto grau de periculosidade que estamos enfrentando, pois com todo este lixo se movimentando nos oceanos e se aglomerando nas correntes, acaba provocando uma grande ameaça à vida selvagem, assim como a nossa vida, tendo em vista que os animais que conseguem sobreviver ao ingerir os plásticos fazem parte da cadeia alimentar e os responsáveis por esta tragédia somos nós, seres humanos.

2. LEGISLAÇÃO SOBRE O MICROPLÁSTICO

Já fazem anos que os resíduos plásticos depositados no ambiente marinho são considerados pelos ambientalistas um dos maiores causadores de poluição e degradação da natureza, pelo motivo de aproximadamente 90% do lixo identificado no oceano ser composto deste material (PEREIRA, 2014, p.14).

Apesar dos problemas ambientais passarem a ser entendidos, as atitudes globais de defesa da natureza e do meio ambiente são desorganizadas e enfrentam a intervenção do capitalismo, que é o sistema político-econômico praticado predominantemente pelos países, sendo que sua influência ultrapassa o Ocidente e atinge o mundo inteiro (NUCCI; DALLOCCO, 2010, p.2).

Desta maneira, o lixo marinho passou a ser visto como um grande problema científico há pouco tempo. As consequências aparentes, como a exposta na figura abaixo, possivelmente foram a razão do início das pesquisas científicas nesse campo, sendo que até 1970 estas consequências eram menosprezadas (NUCCI; DALLOCCO, 2010, p.2).

FIGURA 8 - LIXO ACUMULADO EM PRAIA DO HAITI



FONTE: REUTERS/ Ricardo Rojas, 2018.

Diante disso, é evidente a necessidade de medidas que controlem a produção primária e secundária de microplásticos, assim como a utilização abusiva pelas indústrias e consumidores, porém somente nas últimas décadas é que surgiram as preocupações e legislações globais sobre lixo marinho. A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (CNUMAD) foi realizada no Rio de Janeiro em 1992 pela ONU (Organização das Nações Unidas), sendo que esta ocasião ficou mais conhecida como Rio 92, fazendo menção à cidade que ocorreu, assim como “Cúpula da Terra” pelo fato de ter mediado acordos entre os Líderes de Estado que compareceram (MMA, 2012).

Desta forma os 179 países presentes nesta CNUMAD concordaram e subscreveram a Agenda 21 Global, que conforme o Ministério do Meio Ambiente (2012) pode ser definida como: “um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica”.

Assim, este documento possui 40 capítulos e no seu capítulo 21 é abordado o tema de resíduos sólidos e questões relacionadas com os esgotos, sendo que apresenta medidas interessantes para diminuir a quantidade de resíduos, que engloba os plásticos, o que conseqüentemente implicaria na diminuição de microplásticos no ambiente marinho.

Infelizmente as metas introduzidas neste documento permaneceram no plano das ideias, assim a Agenda 21 não teve sucesso na prática, sendo que vários países e

idades pelo mundo realizaram seus próprios documentos. O Brasil já possui 1.300 agendas, todavia a sua implementação ficou apenas na teoria, são raros os lugares que seguiram as determinações descritas (MOTTA; ECODEBATE, 2012).

Em relação aos resíduos sólidos, no Brasil foi aprovada a Lei 12.305/10 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, sendo que traz meios relevantes com a finalidade de possibilitar a superação dos problemas ambientais, sociais e econômicos predominantes, gerados do manuseio inapropriado destes resíduos (MMA, 2011).

Ocorre que, apesar desta política conter instrumentos bem planejados, até o presente momento ainda não foi colocada em prática, tendo em vista que traz dificuldades para sua implementação, conforme Maiello; Britto; Valle (2018, p.25) dentre elas estão principalmente “a baixa disponibilidade orçamentária e a fraca capacidade institucional e de gerenciamento de muitos municípios brasileiros, especialmente os de pequeno porte”. Além disso, também temos a questão cultural, sendo que nossos hábitos não condizem com as diretrizes e princípios da lei, gerando uma complicação para sua institucionalização (MAIELLO; BRITTO; VALLE, 2018, p.47).

Desta maneira, existem formas de controlar a produção de microplásticos secundários, todavia falta a implementação dos instrumentos criados e a mudança dos hábitos da sociedade, que deve se mobilizar e se preocupar mais com o meio ambiente.

Existem países que tomaram providências para eliminar produtos que possuem em sua formação microplásticos, temos como exemplo os Estados Unidos da América, Canadá e Reino Unido. Já em relação ao Brasil, até o presente momento não existe nenhuma legislação vigente com abrangência nacional se referindo especificamente aos microplásticos e a vedação de sua utilização (LUCIO; MAGNONI; PIMENTA, 2019, p.52).

Apesar de não possuir leis específicas, existem normas vigentes e colocadas em prática que atingem indiretamente a questão das micropartículas plásticas. A lei municipal nº 9.509, de 27 de Fevereiro de 2008 “Dispõe sobre a substituição do uso de saco plástico de lixo e de sacola plástica por saco de lixo ecológico e sacola ecológica, e dá outras providências” (BELO HORIZONTE, 2008), sendo que esta norma abrange o município de Belo Horizonte em Minas Gerais.

Em São Paulo foi promulgada a lei municipal nº 15.374 de 18 de Maio de 2011 que “Dispõe sobre a proibição da distribuição gratuita ou venda de sacolas plásticas a consumidores em todos os estabelecimentos comerciais do Município de São

Paulo, e dá outras providências” (PREFEITURA DE SÃO PAULO, 2011). Além disso, a resolução nº 55/AMLURB/2015 “institui as especificações técnicas das sacolas bioplásticas reutilizáveis a serem utilizadas pelos estabelecimentos comerciais do Município de São Paulo” (PREFEITURA DE SÃO PAULO, 2015). Desta forma, após a aprovação destas medidas ocorreu a diminuição da utilização de sacos plásticos em 70% e o seu descarte adequado subiu aproximadamente em 1, 4% (REIS, 2016).

Assim, surgiu uma maior tendência de limitar e até mesmo de abolir as micropartículas plásticas, com a conscientização sobre os impactos que o descarte inadequado dos resíduos podem gerar, sendo que esta visão teve início desde 2016. Diante disso, foram realizadas duas medidas que tratam especificamente dos microplásticos, o Projeto de Lei (PL) 6.528/16 e a Lei nº 8.090/2018 (VIEIRA, 2020, p.20).

O autor deste projeto de lei foi o Deputado Mário Heringer, que determinou como finalidade desta norma: “proíbe a manipulação, a fabricação, a importação e a comercialização, em todo o território nacional, de produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumaria que contenham a adição intencional de microesferas de plástico, e dá outras providências” (BRASIL, 2018).

A justificativa do projeto traz dados de suma importância, demonstrando o tamanho do prejuízo que as micropartículas plásticas podem gerar e as providências que outros países já tem realizado acerca desta questão, sendo que o microplástico foi classificado como “substância tóxica” pelo Canadá, desta maneira a lei visa banir estas microesferas da composição dos produtos de uso humano, baseando-se na atitude estadunidense (BRASIL, 2018).

Diante disso, com a aprovação deste projeto de lei, teremos um grande avanço ecológico, com a diminuição de microplástico do nosso ecossistema, permitindo a melhor conservação do meio ambiente para todas as pessoas e conseqüentemente garantindo uma melhor qualidade de vida.

A Lei 8.090, de 24 de abril de 2018 foi elaborada pelo deputado Carlos Minc, sendo que suas disposições são aplicadas apenas ao estado do Rio de Janeiro, em que possui como objetivo o impedimento a práticas que envolvem microesferas de plástico, conforme descrito no artigo 1º:

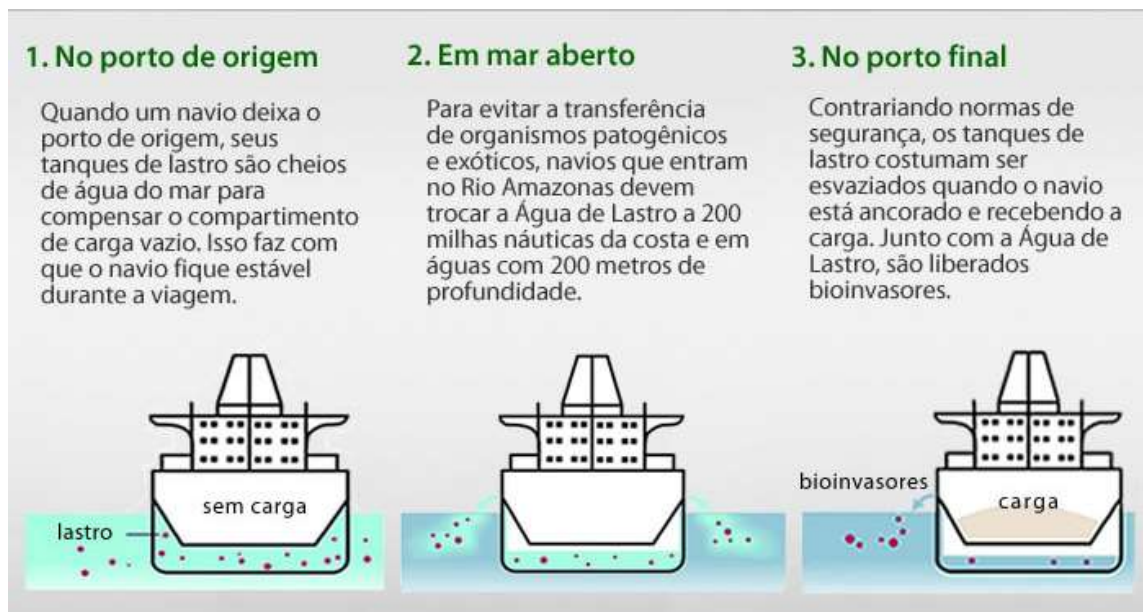
“Art. 1º Proíbe a produção, fabricação, distribuição, comercialização, venda, estocagem, armazenagem, consignação, seja para exportação e importação, divulgação, uso e descarte nos rios, córregos, lagos, lagoas, lagunas, no mar e no solo, de qualquer produto cosmético, de higiene

pessoal e de limpeza que contenham microesferas de plástico, sejam elas ocas ou maciças, provenientes de polímeros de polietileno, polipropileno (pp), poliacetal (delrin ou pom), tereftalato, polimetilmetacrilato, náilon (poliamida ou pa), ou similares, no estado do Rio de Janeiro” (RIO DE JANEIRO, 2018).

A violação dos artigos que compõe esta lei pode gerar diversas consequências como multa, apreensão dos produtos, suspensão e interdição da atividade, desta maneira as empresas devem realizar as mudanças necessárias para estarem de acordo com esta lei, sendo que o prazo estabelecido para este ajuste é de 18 meses contados da data de publicação (RIO DE JANEIRO, 2018).

Outro ponto importante ao se falar de microplásticos no ambiente marinho é a troca da água de lastro em alto mar, que é regulada pela NORMAM-20 da Diretoria de Portos e Costas (2019, p.1) e traz como definição de água de lastro: “ É a água com suas partículas em suspensão levada a bordo de uma embarcação nos seus tanques de lastro, para o controle do trim, banda, calado, estabilidade ou tensões da embarcação”. A fim de esclarecer como funciona a água de lastro temos a Figura 9.

FIGURA 9 - FUNCIONAMENTO DA ÁGUA DE LASTRO



FONTE: DE SOUZA, 2014.

Além desta norma, outro instrumento criado para tratar da água de lastro foi a Convenção Internacional de Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos de Navios (Convenção BWM), elaborada em 2004 pela Organização Marítima Internacional (IMO) que possui como objetivo: “Prevenir, minimizar e, por fim, eliminar os riscos da introdução de organismos aquáticos nocivos e agentes patogênicos existentes na água de lastro dos navios que entram nos portos” (CCA-IMO).

Desta maneira, tendo em vista a propriedade das micropartículas plásticas de incorporar matérias tóxicas que ficam nos oceanos, como metais pesados e pesticidas, esses fragmentos também configuram uma ameaça ao meio ambiente marinho e costeiro além das bioinvasões previstas nessa convenção. Portanto, resta clara a necessidade da introdução de providências para impedir a transferência dos microplásticos por meio da água de lastro (PEREIRA, 2018, p.13, 40).

Diante o exposto, existem alguns procedimentos que tratam dos microplásticos, seja de forma direta ou indireta, porém muitos não são colocados em prática e a nível nacional, no Brasil, ainda não foi aprovada nenhuma medida que trata especificamente dos microplásticos, sendo que existem lacunas a serem preenchidas para alcançarmos a efetiva diminuição de microplásticos no meio ambiente e conseqüentemente preservar o ecossistema.

3. MEIO AMBIENTE

3.1. A Proteção Constitucional

Ao longo da história o Brasil já teve sete Constituições desde o Império, a que se encontra em vigor atualmente é a Constituição da República Federativa do Brasil que foi promulgada em 5 de Outubro de 1988, sendo que ela foi inovadora em comparação aos regimes constitucionais anteriores, recebendo o apelido de Constituição “verde”.

A finalidade deste conjunto de normas é determinar os parâmetros, diretrizes e princípios do sistema jurídico, tendo em vista que a Carta Magna é caracterizada como lei fundamental do Estado. A utilização da expressão meio ambiente e a inclusão das questões ambientais em um capítulo específico da Constituição de 1988, demonstraram a preocupação do legislador constituinte com o meio ambiente, abordando este tema com o merecido destaque, sendo desenvolvido como essencial para sociedade (MILARÉ, 2018).

Por esta concepção adquirida de proteção ao meio ambiente que não existia nas constituições anteriores, ele passa a ser visto como um bem jurídico com valor intrínseco e independente dos demais bens assegurados pelo sistema jurídico. Ao ser tratado em um capítulo próprio, o meio ambiente sadio é considerado um direito fundamental do indivíduo e possui eficácia imediata (MILARÉ, 2018), sendo que o *caput* artigo 225 da Constituição Federal de 1988 traz:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. ”

Através desta norma foi realmente estabelecido um “estado de direito ambiental” com embasamento constitucional (MILARÉ, 2018), em que deixa evidente a responsabilidade tanto do Poder Público, quanto dos cidadãos de proteger o meio ambiente equilibrado não apenas para as gerações atuais, mas também para as que virão.

Além disso, o meio ambiente é classificado como bem de uso comum do povo, ou seja, seu uso é coletivo, pertencendo a todos da sociedade, assim é classificado como um direito difuso, em que existem diversos instrumentos previstos na própria constituição com a finalidade de viabilizar a proteção deste bem que é tratado como essencial à sadia qualidade de vida (MILARÉ, 2018).

Desta maneira, o meio ambiente está intimamente ligado ao direito à vida que também é considerado um valor fundamental assegurado pela constituição, tendo em vista que ao causar a degradação ambiental é impossível promover qualidade de vida. Assim os titulares desse dever de defesa e proteção não possuem a escolha de atuarem ou não para atingir o disposto na norma, isto é algo imposto pela Carta Magna (MILARÉ, 2018).

Uma das responsabilidades atribuídas ao Poder Público é a de proteger e caso seja viável restaurar o ecossistema e as espécies vegetais e animais, também é previsto o dever de se preservar a biodiversidade, deste modo os vários tipos de organismos vivos presentes no ecossistema necessitam de proteção, para que o equilíbrio biológico seja mantido assim como nossa vida (MILARÉ, 2018).

Com isso, a CF/88 tratou desta matéria de modo específico e global, incluindo a proteção ao meio ambiente como princípio das ordens econômica e social, sendo que conforme o autor MILARÉ (2018):

“O meio ambiente, como fator diretamente implicado no bem-estar da coletividade, deve ser protegido dos excessos quantitativos e qualitativos da produção econômica que afetam a sustentabilidade e dos abusos das liberdades que a Constituição confere aos empreendedores. Aliás, a própria Ordem Econômica, analisada em seguida, requer garantias de obediência às regulamentações científicas, técnicas, sociais e jurídicas relacionadas com a gestão ambiental”.

Assim, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado faz parte da Ordem Social, pois é um compromisso de todos, sendo que a Ordem Econômica deve respeitar as disposições da Ordem Social, portanto as atividades públicas e privadas não podem prejudicar o meio ambiente.

Diante disso, os dados da produção de plásticos desde 1950 são assustadores, a quantidade produzida pela sociedade equivale ao peso de 80 milhões de baleias azuis ou um bilhão de elefantes, correspondendo a 8,3 bilhões de toneladas métricas, sendo que a tendência é este número subir cada vez mais ao passar dos anos. Este material acaba chegando nas águas oceânicas e com a degradação se torna micropartículas plásticas contaminando as espécies que vivem no ambiente marinho, assim como os seres humanos tendo em vista a cadeia alimentar (IBERDROLA, 2019).

Portanto, mesmo com o avanço da constituição incluindo a proteção ao meio ambiente como um de seus princípios, a sociedade continua sem dar a devida importância a este tema, ignorando seus deveres e o fato de que precisamos viver de maneira harmônica com a natureza para alcançarmos a sadia qualidade de vida, senão iremos sofrer severas consequências.

3.2. Os Impactos Causados

O lixo possui origem principalmente terrestre, sendo que bilhões de toneladas deste material são jogados, propositalmente ou não, no ambiente marinho. Apesar de todos esforços e atitudes para modificar está triste realidade o quadro não mudou e esta situação complexa permanece se amplificando (PEREIRA, 2018, p.28).

Dentre todos resíduos descartados inadequadamente, o que apresenta maior perigo ao habitat marinho é o plástico (NUCCI; DALLOCCO, 2010, p.4), sendo que o material identificado em maior quantidade nos oceanos são os microplásticos, que por terem como característica a dimensão reduzida de apenas 5 mm são extremamente nocivos ao ecossistema. Existem pesquisas apontando que aproximadamente 92,4% de 269 milhões de toneladas de plástico são

micropartículas plásticas em que a maior parte acaba no fundo das águas oceânicas (CASAGRANDE, 2018, p.42).

Em virtude de o nível de deterioração do plástico ser imensamente baixo, por apresentar como propriedade alta resistência, este resíduo fica conservado no meio ambiente por muitos anos, o que por consequência acarreta no seu acúmulo, especialmente na faixa litorânea (PEREIRA, 2014, p.14), sendo que as micropartículas plásticas estão presentes nos mais diversos ambientes, mesmo que invisíveis aos olhos. Pesquisas a respeito deste tema já demonstraram que existe a presença destes fragmentos, conforme Jones (2019):

“Não apenas no ar que se respira, em ambientes terrestres, marinhos e reservas de água doce, mas também na água de torneira e engarrafada, no sal marinho, no mel, na cerveja, nos frutos do mar e em peixes consumidos pelo homem e, por consequência, nas fezes humanas”.

Os impactos que estas micropartículas de plástico podem causar ainda não são totalmente conhecidos, sendo que são necessários estudos aprofundados para conseguir esclarecer a dimensão das consequências trazidas por este material. Porém, como existe a preocupação da comunidade científica a respeito deste assunto já existem algumas pesquisas indicando alguns efeitos oriundos do microplástico (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1979).

A complicação mais relevante destacada nas pesquisas é em relação ao ecossistema, especificamente as questões ligadas aos seres que possuem os mares e oceanos como habitat natural (PEREIRA, 2014, p.15) pelo motivo da incorporação de bactérias e algas no microplástico, fazendo com que os animais marinhos façam a ingestão acidental dos fragmentos plásticos, por serem confundidos com alimento (PEREIRA, 2018, p.33,34).

Além de contaminar os animais marinhos, conseqüentemente acaba afetando os seres humanos, uma vez que conforme a dimensão do fragmento ingerido ocorre a sua incorporação aos tecidos do animal que é utilizado na alimentação humana, contaminando desta maneira toda cadeia alimentar (PEREIRA, 2018, p.34).

Outra propriedade das micropartículas plásticas é a absorção de substâncias tóxicas e poluentes, se tornando altamente nociva e letal quando ingerida em certa quantidade, podendo gerar a obstrução do intestino levando o animal a desnutrição, causar sérias enfermidades como úlcera, enfraquecimento, alterações hormonais que afetam os índices de capacidade reprodutora e de crescimento (PEREIRA, 2014, p.15).

Desta maneira, é espantosa a quantidade de seres que vem a falecer em razão de pedaços de plástico que são descartados inadequadamente, aproximadamente 90% dos animais que são encontrados sem vida nas praias apresentaram fragmentos de plástico no interior de seus corpos (VASCONCELOS *et al.*, 2019, p.420) conforme demonstrado na figura abaixo.

Figura 10 - Ave com lixo plástico no estômago



FONTE: ZIM, 2015.

São diversas as espécies de animais que acabam se alimento de fragmentos plásticos por engano, como exemplo temos as aves, peixes, tartarugas, baleias, golfinhos e crustáceos. Com a convivência diária entre os organismos marinhos e os plásticos, estes seres perderam sua qualidade de vida e correm um grande risco de ir a óbito (VIEIRA, 2020, p.15).

Assim, podemos perceber claramente os danos que o microplástico causa na vida marinha, sendo que na água do mar é encontrado o sêxtuplo de plástico do que plânctons, com base no estudo realizado pelo Instituto Algalita (VASCONCELOS *et al.*, 2019, p.420). Conforme a cadeia alimentar nós acabamos ingerindo animais que estão contaminados por microplásticos, porém os efeitos que este material pode gerar no corpo humano é um dado que ainda precisa ser mais pesquisado e

estudado, pois a preocupação com este fato se iniciou há pouco tempo (OLIVATTO *et al.*, 2019, p.1979).

Não é apenas pelo consumo dos animais marinhos que os seres humanos são infectados por microplástico, conforme visto anteriormente estes fragmentos estão presentes em todos lugares, até mesmo no ar que respiramos. Pelo tamanho milimétrico dos pedaços, apesar de ainda ser necessário a busca de mais informações, foi constatada a possibilidade destas micropartículas chegarem no sistema circulatório e linfático do corpo humano, podendo alcançar também o fígado (IBERDROLA, 2019).

Outra pesquisa também indicou que de acordo com a idade e sexo, as pessoas podem ingerir entre 74 mil a 121 mil micropartículas de plástico anualmente, sendo que isso corresponde a consumir 605 metros de fita plástica, desta maneira a BBC News Brasil entrevistou o médico Anthony Wong, que manifestou sua apreensão em relação a alta quantidade de microplásticos que estamos consumindo, sendo que ele destaca a possibilidade do desenvolvimento de doenças estomacais e da intoxicação pelas substâncias que compõe este material, podendo promover até tumores (VEIGA, 2019).

Além dos malefícios à vida marinha e humana, foi comprovada a capacidade das micropartículas plásticas de contribuir para o efeito estufa, com os gases que são produzidos em decorrência da fotodegradação, que é uma maneira de decomposição do plástico pela luz solar, que continua ocorrendo mesmo na inexistência do sol, desta forma outro impacto negativo que é promovido pelos microplásticos é o aumento do aquecimento global (CUSTÓDIO, 2018, p.45).

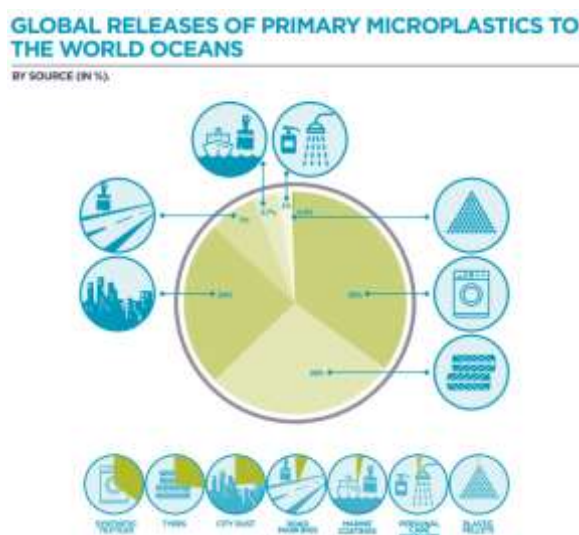
Diante disso, é de extrema importância que sejam realizadas mais pesquisas em relação a este material que é seriamente nocivo ao equilíbrio do ecossistema do mundo inteiro, mas pelos estudos já realizados até o momento fica evidente que os microplásticos geram impactos negativos para todos organismos.

4. FORMAS DE DIMINUIR OS IMPACTOS CAUSADOS

Nos últimos anos as pessoas já vêm demonstrando uma maior apreensão em relação aos prejuízos gerados ao meio ambiente, sendo que a tendência é que os costumes se transformem em prol da proteção ambiental. Existem diversas maneiras de preservar o meio ambiente, em relação especificamente aos microplásticos atitudes simples no dia a dia podem contribuir para a diminuição da quantidade destas partículas no ecossistema.

A origem das micropartículas plásticas é variável, porém nos oceanos as principais fontes são respectivamente, têxteis sintéticos, pneus, pó das cidades, sinalização marítima, revestimentos marinhos, produtos de higiene pessoal e grânulos de plástico conforme o relatório publicado pela União Internacional para a Conservação da Natureza (*International Union for Conservation of Nature - IUCN*) (BOUCHER; FRIOT, 2017, p.12).

FIGURA 11 - GRÁFICO DOS LANÇAMENTOS GLOBAIS DE MICROPLÁSTICOS PRIMÁRIOS NOS OCEANOS DO MUNDO



FORNTE: BOUCHER; FRIOT, 2017, p.21.

Desta maneira, uma simples lavagem de roupa que é feita por exemplo de poliéster ou náilon, libera vários pequenos pedaços de plástico que acabam nos oceanos, até mesmo o fato de conduzir um veículo automotor contribui para a produção destes fragmentos pelo contato do pneu com a superfície, estas duas ações que fazem parte do nosso cotidiano correspondem a aproximadamente 63% do plástico que possui como destino o oceano, sendo que um banho com sabonete que contém estas microesferas representam apenas 2% (BOUCHER; FRIOT, 2017, p.21).

Para reduzir a quantidade de microplástico gerado e diminuir os impactos causados pelo seu descarte inadequado, existem algumas providências a serem tomadas, sendo a execução eficiente da gestão de resíduos, colocando em prática a reciclagem de modo que ela se torne algo natural, que faz parte do cotidiano, a

substituição do microplástico por outros materiais, programas para conscientizar a população, investir em pesquisas (BOUCHER; FRIOT, 2017, p.29, 31, 32).

Atualmente existem alguns projetos que possuem como finalidade retirar os plásticos dos oceanos, no ano de 2013 foi realizada a instituição da Ocean Cleanup, que é composta por tecnologias desenvolvidas, formando um sistema que é constituído por um flutuador, permitindo o acúmulo do plástico para a retirada deste material dos oceanos ser realizada (PEREIRA, 2018, p. 36), conforme a Figura 12.

FIGURA 12 - SISTEMA 001/B – 2019 OCEAN CLEANUP



FONTE: OCEAN CLEANUP, 2019.

A meta esperada no emprego deste dispositivo é a despoluição de 50% dos resíduos sólidos que ocupam o pacífico no prazo de 5 anos e no ano de 2040 a perspectiva é que falte apenas 10% de lixo para ser removido (PEREIRA, 2018, p. 36).

Além disso, o Fundo Mundial para a Natureza (World Wide Fund For Nature – WWF) está trabalhando na conscientização do nível crítico que a poluição causada pelo plástico chegou, sendo que foi realizada uma campanha internacional com o objetivo de induzir os líderes globais, governos e indústrias a banir os resíduos plásticos do meio ambiente. A proposta é que seja efetuado um acordo da ONU, global e ratificado, para colocar um fim na liberação de plásticos nos oceanos até 2030 e os cidadãos do mundo inteiro podem assinar uma petição por meio do site do WWF, colaborando nesta iniciativa (WWF).

Algumas recomendações que esta organização traz para a população, com o objetivo de que ocorra a diminuição do uso de material plástico são: "Não jogue lixo na rua, leve sua própria sacola ao mercado, use garrafas de água reutilizáveis, leve seu próprio copo ao trabalho, diga não à canudinhos e talheres de plástico, prefira materiais reciclados, armazene alimentos em potes de vidro, assine a petição global do WWF e compartilhe essa causa e seus resultados nas redes sociais" (WWF).

Outro movimento interessante que envolve este tema é o realizado pela Let's Do It World (LDIW), que propõe a união da população para limpar o planeta em um dia, desta maneira várias pessoas se reúnem e recolhem o lixo de praias, rios, ruas, etc. O mês que ocorre este movimento é Setembro, sendo o dia marcado é conhecido como World Cleanup Day (Dia Mundial da Limpeza). Neste ano 11 milhões de pessoas de 165 países participaram desta iniciativa que aconteceu dia 19 de Setembro, ano que vem a data já está marcada e será 18 de Setembro (OUR).

No Brasil em 2018, mais de 300 cidades participaram deste movimento, sendo que mais projetos socioambientais foram desenvolvidos, como o Projeto Ilhas do Rio que vai proporcionar atividades aos participantes e prêmios para quem recolher mais lixo das praias (RODRIGUES, 2019) e o Projeto Meros do Brasil, que além de possuir como objetivo a preservação desta espécie de peixe, também visa conservar manguezais, recifes de corais e ambientes rochosos (MEROS DO BRASIL, 2012).

O gerente do Projeto Meros do Brasil declarou que para solucionar os problemas relacionados as questões ambientais são necessárias a mudança de atitude da sociedade, que devem ser conscientizados, assim como os gestores públicos. Também disse que nosso país já elaborou as soluções para lidar com a maioria dos problemas ligados a embalagem, porém por motivos financeiros e falta de interesse a indústria permanece produzindo embalagens supérfluas, que podem ser compostas por materias orgânicos como folha de bananeira por exemplo. Outro ponto que o gerente destaca é em relação a gestão de lixo, sendo que o Poder Público tem de ser pressionado para amplificar o saneamento básico, pois muitos municípios permanecem despejando esgoto sem o devido tratamento nos mares e oceanos (RODRIGUES, 2019).

Ademais, vale destacar um estudo que está sendo desenvolvido pelo PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) e o Instituto Internacional para Gestão das Águas (International Water Management Institute), que possui até o momento como tema: "Avaliando tecnologias disponíveis e desenvolvendo um cardápio de opções tecnológicas para a remoção de plástico, microplástico e microfibras de efluentes e esgoto", assim o coordenador de qualidade de água do

Instituto Internacional para a Gestão das Águas, Javier Mateo-Sagasta, comentou que (PNUMA, 2020):

“Uma solução possível é desenvolver sistemas domiciliares que previnam que os microplásticos sejam jogados no sistema de esgoto ou no meio ambiente. Existem tecnologias, por exemplo, que permitem a remoção de 97% das microfibras. ”

“Precisamos de legislação efetiva para a gestão dos microplásticos para além do controle de micropartículas nos cosméticos. Até agora, microfibras estão fora do radar das políticas públicas. Precisamos explorar a taxação para produtos e tecidos que geram microfibras para ajudar no financiamento dos custos crescentes do tratamento dos efluentes. ”

“Precisamos gerenciar melhor os vazamentos advindos do solo, já que esse tipo de fonte é responsável por 80% dos microplásticos que entram nos corpos d’água” (PNUMA, 2020).

Diante disso, possuímos os meios necessários para diminuir os impactos causados pelas micropartículas plásticas, sendo que a população, as indústrias e o Poder Público devem dar a devida importância para este tema, tomando iniciativas para modificar o cenário atual que é extremamente preocupante, pois coloca em risco todo o ecossistema.

CONCLUSÃO

O material plástico foi criado pelo homem para a utilização em diversos âmbitos, sendo que existem muitos tipos diferentes deste polímero, mudando desde as substâncias que fazem parte de sua formação, até as dimensões que são produzidos, mas a característica principal é a sua alta resistência, podendo demorar até 600 anos para se decompor, dependendo da resina que o compõe. Assim, por muitos anos, diversos produtos foram produzidos com este material e quanto mais aumenta o número da população maior a quantidade de plástico descartada.

A grande problemática por trás deste elemento são os graves danos ao meio ambiente que eles geram, principalmente quando descartados inadequadamente e vão parar nos oceanos. Com o decorrer do tempo ocorre a degradação destes plásticos, que se transformam em micropartículas plásticas, que são a maior fonte poluidora do ambiente marinho.

Apenas recentemente a comunidade científica passou a demonstrar interesse pelos microplásticos, por isso ainda não há muitas pesquisas em relação aos

impactos que este material pode gerar, porém já foi comprovada a presença deste resíduo na água que bebemos e no ar que respiramos, portanto convivemos com estas partículas diariamente, que contaminam nosso organismo e ecossistema.

O impacto mais conhecido é em relação aos organismos marinhos, que confundem os microplásticos com comida e os ingerem, podendo causar vários problemas e doenças, sendo que a consequência mais grave é a morte. Muitos dos animais marinhos que fazem parte da nossa alimentação estão contaminados por este fragmento, assim por consequência nos intoxicam também.

É dever de todos a proteção ao meio ambiente, tanto os indivíduos da sociedade, quanto o Poder Público devem tomar atitudes para defender e preservar a natureza, sendo que o meio ambiente sadio é um direito fundamental garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e evidentemente o microplástico está causando inúmeros impactos ambientais negativos.

Atualmente apesar de existirem algumas regulamentações em relação ao plástico, no Brasil a legislação é omissa em relação ao microplástico, não existe nenhuma lei específica que trata deste assunto, sendo que se houvesse normas limitando o uso de micropartículas plásticas e impondo o devido descarte, a poluição dos oceanos e de todo ecossistema iria diminuir, preservando a natureza, a qualidade de vida e mantendo o meio ambiente sadio.

Diante disso, precisamos impedir que os microplásticos cheguem no ecossistema gerando danos imensos, colocando em risco a saúde humana e a vida marinha, para isso é necessário o interesse da população e do poder público em mudar o cenário atual, assim devem ser feitos mais estudos acerca dos microplásticos e as consequências que eles podem gerar, colocar em prática as normas existentes a respeito do plástico e criar uma legislação específica para as micropartículas plásticas, reduzir o consumo de plásticos, elevar a conscientização ambiental, mudar os hábitos da população em prol do meio ambiente, aumentar a porcentagem de reciclagem e reutilização, substituir os microplásticos por um material sustentável, melhorar a gestão de resíduos sólidos e ampliar o saneamento básico.

REFERÊNCIAS

ABIPLAST. Perfil 2018, Indústria Brasileira de Transformação e Reciclagem de Material Plástico. Disponível em: <http://www.abiplast.org.br/wp-content/uploads/2019/10/perfil2018-web_VC.pdf>. Acesso em 24 jul. 2020.

ANTUNES, P. de B. A poluição do ambiente marinho por plásticos e micro plásticos. 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/07/27/poluicao-ambiente-marinho-plasticos/>>. Acesso em 09 dez. 2020.

Associação Brasileira Da Indústria do PET (ABIPET). Resina PET- História. Disponível

em: <[http://www.abipet.org.br/index.html?method=mostrarInstitucional&id=46#:~:text=O%20Poli\(Tereftalato%20de%20Etileno,Whinfield%20e%20Dickson%2C%20em%201941.>](http://www.abipet.org.br/index.html?method=mostrarInstitucional&id=46#:~:text=O%20Poli(Tereftalato%20de%20Etileno,Whinfield%20e%20Dickson%2C%20em%201941.>)>. Acesso em 21 jul. 2020.

Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Rótulo ecológico para processo de tratamento de solução eletrolítica de bateria automotivas.

Disponível em: <<https://www.abntonline.com.br/CERTODADOS/Document.aspx?a=oeMBK2W%2BKxMLKUTtDU6KhA%3D%3D>>. Acesso em 15 jul. 2020.

Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Rótulo Ecológico ABNT. Disponível

em: <<https://www.abntonline.com.br/sustentabilidade/Rotulo/rotulo#:~:text=R%C3%B3tulo%20Ecol%C3%B3gico%20ABNT,em%20crit%C3%A9rios%20m%C3%BAltiplos%20previamente%20definidos.>>>. Acesso em 15 jul. 2020.

BBC. Cinco gráficos que explicam como a poluição por plástico ameaça a vida na Terra. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42308171>>. Acesso em 10 nov. 2020.

BELO HORIZONTE. Lei Municipal nº 9.529/2008, de 27 de fevereiro de 2008. Dispõe sobre a substituição do uso de saco plástico de lixo e de sacola plástica por saco de lixo ecológico e sacola ecológica, e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2008/952/9529/lei-ordinaria-n-9529-2008-dispoe-sobre-a-substituicao-do-uso-de-saco-plastico-de-lixo-e-de-sacola-plastica-por-saco-de-lixo-ecologico-e-sacola-ecologica-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 24 de out. 2020.

Boucher, J; Friot D. Primary Microplastics in the Oceans: A Global Evaluation of Sources. 2017. Gland, Switzerland: IUCN. 43pp.

BRASIL. Projeto de Lei n. 6528/2016 de, 22 de nov. de 2016. PL 6528/2016. Brasil, nov. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84718B58747BB9AAA39DAC0924E24850.proposicoesWebExterno1?codteor=1697446&fil>

ename=Avulso+PL+6528/2016#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%20(PL,intencio
nal%20de%20microesferas%20de%20pl%C3%A1stico.>. Acesso em 26 de out. 2020.

CANEVAROLO JR., S. V. Ciência de Polímeros. 2ª edição, São Paulo. Artliber editora, v. 3, 2006.

CANEVAROLO JR., S. V. Ciência dos polímeros. 3ª edição, Artliber editora, 2010.

CARVALHO, J. L. M.; TOLEDO, J. C. Polipropileno: um mercado em constante evolução. In: Anais... XIV CBECIMAT-Congresso Brasileiro de Engenharia e Ciência dos Materiais, São Pedro. 2000.

CASAGRANDE, N. M. Inclusão dos impactos dos resíduos plásticos no ambiente marinho em avaliação de ciclo de vida. 2018.

Comissão Coordenadora dos Assuntos da Organização Marítima Internacional (CCA-IMO). BWM. Disponível em:<<https://www.ccaimo.mar.mil.br/ccaimo/bwm>>. Acesso em 27 out. 2020.

COUTINHO, F.; MELLO, I. L.; DE SANTA MARIA, L. C. Polietileno: principais tipos, propriedades e aplicações. Polímeros, v. 13, n. 1, p. 01-13, 2003.

CUSTÓDIO, G. F. Responsabilidade civil em matéria de resíduos sólidos na sociedade pós-consumo. 2018.

DA FONSECA, B. T. Plásticos. Disponível em:
<<https://www.infoescola.com/quimica/plasticos/>>. Acesso em 07 jul. 2020.

DE ARAÚJO, M. C. B.; DA COSTA, M. Lixo no ambiente marinho. Ciência hoje, v. 32, n. 191, 2003.

DE CARVALHO, G. M. X; et al. Obtenção de compósitos de resíduos de ardósia e polipropileno. Polímeros, v. 17, n. 2, p. 98-103, 2007.

DE MENDONÇA, A. N. F. Design de advertência: contribuições para a reciclagem no Brasil com foco na rotulagem de embalagens. 2010.

DE SOUSA, M. T. A. A bioinvasão de ambientes aquáticos provocada pela água de lastro das embarcações e suas consequências jurídicas. 2014.

DE SOUZA, L. A. PET: plástico do momento. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/quimica/pet-plastico-momento.htm>>. Acesso em 21 jul. 2020.

FOGAÇA, J. R. V. O que são polímeros?. Disponível em: <<https://www.manualdaquimica.com/quimica-organica/o-que-sao-os-polimeros.htm>>. Acesso em 10 jul. 2020.

GASPARINO, B. F.; QUEIROZ, G. D. C.; COLTRO, L. Reciclagem de materiais plásticos: a importância da identificação correta. *Polímeros*, v. 18, n. 2, p. 119-125, 2008.

IBERDROLA. Como os microplásticos nos afetam? 30 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.iberdrola.com/meio-ambiente/microplasticos-ameaca-a-saude>>. Acesso em 05 de nov. 2020.

IBERDROLA. Descubra as ilhas de plástico que poluem nossos oceanos, 21 de nov. 2019. Disponível em : <<https://www.iberdrola.com/meio-ambiente/as-5-ilhas-de-lixo-nos-oceanos>>. Acesso em 19 ago. 2020.

IBERDROLA. O continente de plástico que flutua nas águas do Pacífico, 07 de nov. 2019. Disponível em: <<https://www.iberdrola.com/meio-ambiente/ilha-de-lixo-pacifico-setimo-continente>>. Acesso em 01 set. 2020.

JONES, F. A ameaça dos microplásticos. *Pesquisa FAPESP*, 281 ed. 2019.

JORGE, G. A. B.; GASPAR, T. B. Poliedro sistema de ensino: Química. Poliedro editora, v.4, 2020.

LUCIO, F. T; MAGNONI, D. M; PIMENTA, V. E. DISPONIBILIDADE E INFLUÊNCIA DOS MICROPLÁSTICOS NOS SERES VIVOS E AMBIENTE: UMA REVISÃO, v.14, n.1, p.47-55, 2019.

MAIELLO, A; BRITTO, A. L. N. de P; VALLE, T. F. Implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos. *Revista de Administração Pública*, v. 52, n. 1, p. 24-51, 2018.

MEROS DO BRASIL. Quem somos. 2012. Disponível em: <http://www.merosdobrasil.org/index.php?option=com_content&view=article&id=283&Itemid=945&lang=pt>. Acesso em 10 nov. 2020.

MILARÉ, E. Direito do ambiente. 11ª ed. São Paulo. 2018.

Ministério do Meio Ambiente (MMA), Brasília. Agenda 21 Global. 2012. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global.html>>. Acesso em 20 out. 2020.

Ministério do Meio Ambiente (MMA), Brasília. Política Nacional de Resíduos Sólidos. 2011. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/politica-nacional-de-residuos-solidos.html>>. Acesso em 23 out. 2020.

MIRANDA, J. G. Era do Plástico. 2010.

MOTTA, M; ECODEBATE. Vinte anos de Agenda 21 e nada a festejar. Diretor do Pnuma diz que países falharam na implementação. 2012. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2012/04/25/vinte-anos-de-agenda-21-e-nada-a-festejar-diretor-do-pnuma-diz-que-paises-falharam-na-implementacao/>>. Acesso em 21 out. 2020.

Norma da Autoridade Marítima (NORMAM-20) - NORMA DA AUTORIDADE MARÍTIMA PARA O GERENCIAMENTO DA ÁGUA DE LASTRO DE NAVIOS. REV.2. Marinha do Brasil: Diretoria de Portos e Costas, 2019.

NUCCI, J. M. R; DALLOCCO, P. L. Lixo Marinho com Enfoque em Resíduos Plásticos. Monografia. Centro de Ciências Biológicas e da Saúde. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2010.

OCEAN CLEANUP. Ocean mission one system 001 and system 001/B (2018-2019). Disponível em: <<https://theoceancleanup.com/media-gallery/>>. Acesso em 09 nov. 2020.

OLIVATTO, G. P. et al. Microplásticos: Contaminantes de preocupação global no Antropoceno. Rev. Virtual Quim, v. 10, n. 6, p. 1968-1989, 2019.

Organização das Nações Unidas (ONU). Mundo está sendo 'inundado' por lixo plástico, diz secretário-geral da ONU, 05 de jun. 2018. Disponível em : <<https://nacoesunidas.org/mundo-esta-sendo-inundado-por-lixo-plastico-diz-secretario-geral-da-onu/amp/>>. Acesso em 14 ago. 2020.

Organização das Nações Unidas (ONU). ONU Meio Ambiente aponta lacunas na reciclagem global de plástico. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-meio-ambiente-aponta-lacunas-na-reciclagem-global-de>>

plastico/#:~:text=O%20mundo%20produz%20cerca%20de,14%25%20s%C3%A3o%20coletados%20para%20reciclagem>. Acesso em 07 jul. 2020.

OUR story. Disponível em:<<https://www.worldcleanupday.org/about/>>. Acesso em 10 nov. 2020.

PARKER, L. Microplásticos encontrados em 90 por cento do sal de cozinha. Disponível em: <<https://www.nationalgeographicbrasil.com/planeta-ou-plastico/2018/10/microplasticos-encontrados-em-90-por-cento-do-sal-de-cozinha>>. Acesso em 03 ago. 2020.

PEREIRA, F. C. Microplásticos no ambiente marinho: mapeamento de fontes e identificação de mecanismos de gestão para minimização da perda de pellets plásticos. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

PEREIRA, T. B. Microplásticos e a convenção para o controle e gestão da água de lastro em navios (Convenção BWM). 2018.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Lei Municipal nº 15.374 de 18 de maio de 2011. Dispõe sobre a proibição da distribuição gratuita ou venda de sacolas plásticas a consumidores em todos os estabelecimentos comerciais do Município de São Paulo, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-15374-de-18-de-maio-de-2011>>. Acesso em 24 de out. 2020.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Resolução Municipal nº55 de 2015. Institui as especificações técnicas das sacolas bioplásticas reutilizáveis a serem utilizadas pelos estabelecimentos comerciais do Município de São Paulo. Disponível em: <<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/servicos/amlurb/Resolucao-n55-AMLURB-15.pdf>>. Acesso em 24 de out. 2020.

Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). Microplásticos e efluentes: em busca de soluções. 2020. Disponível em:<<https://www.unenvironment.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/microplasticos-e-efluentes-em-busca-de-solucoes>>. Acesso em 10 nov. 2020.

RACAZA. Tudo sobre PEAD. Disponível em:<<https://www.racaza.com.br/artigos-e-dicas/tudo-sobre-pead/>>. Acesso em 24 jul. 2020.

REIS, V. SP reduz em 70% uso de sacolinhas um ano após lei, diz associação. 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/04/sp-reduz-em-70-uso-de-sacolinhas-um-ano-apos-lei-diz-associacao.html>>. Acesso em 24 out. 2020.

REUTERS. Poluição de plásticos em oceanos pode triplicar até 2040, alerta estudo. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/idBRKCN24O33F-OBRWD>>. Acesso em 20 out. 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n. 8.090, de 30 de ago. de 2018. Lei 8.090/18. Rio de Janeiro, RJ, ago. 2018. Disponível em: <http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=53&url=L2NvbnRsZWkubnNmL2M4YWEwOTAwMDI1ZmVIZjYwMzI1NjRIYzAwNjBkZmZmL2UwMzI4OTdiOWJlMTdjYzU4MzI1ODJmZDAwNTg5MTk0P09wZW5Eb2N1bWVudA==>. Acesso em 26 de out. 2020.

RODOLFO JR., A.; NUNES, L. R.; ORMANJI, W. Tecnologia do PVC. Proeditores/Braskem, São Paulo, v. 2, 2006.

RODRIGUES, L. Pesquisas indicam ingestão de microplásticos por humanos. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/pesquisas-indicam-ingestao-de-microplasticos-por-humanos>>. Acesso em 10 nov. 2020.

Sindicato da Indústria de Material Plástico, Transformação e Reciclagem de Material Plástico do Estado de São Paulo (SINDIPLAST). Tipos de plásticos. Disponível em: < <http://www.sindiplast.org.br/tipos-de-plasticos/>>. Acesso em 17 jul. 2020.

SOBREIRA, G. A. O direito internacional no combate à poluição dos mares por plástico: responsabilidade estatal, instrumentos jurídicos viáveis para controle de condutas e possíveis sanções para um Brasil poluidor do meio ambiente marinho. 2019.

SOTO, J.; ORTEGA, L. G.; CHAPMAN, S. K. O Plástico no Planeta: o uso consciente torna o mundo mais sustentável. 2012.

VASCONCELOS, L. Ilhas de Plástico Que fazer? Disponível em: <https://www.pavconhecimento.pt/media/media/2049_conferencia-ciencia-viva-prof-lia-vasconcelos.pdf>. Acesso em 04 set. 2020.

VASCONCELOS, V.S. et al. POLUIÇÃO DOS OCEANOS POR MICROPLÁSTICOS E SUAS INTERFERÊNCIAS NO AMBIENTE MARINHO. Rev. Conexão Eletrônica, v. 16, n. 1, 2019.

VEIGA, E. Cada pessoa come até 121 mil partículas de plástico por ano, diz estudo. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48518601>>. Acesso em 07 nov. 2020.

VERONESE, V. B. Desenvolvimento e avaliação de propriedades de misturas de poliestireno (PS) e copolímeros em bloco estireno-butadieno-estireno (SBS). 2003.

VIEIRA, R. F. Estudo de um sabonete líquido contendo microesferas de polietileno: caracterização, quantificação, separação e utilização de macaúba como abrasivo alternativo. 2020.

WALKER, T. Microplásticos são encontrados também na água engarrafada. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/micropl%C3%A1sticos-s%C3%A3o-encontrados-tamb%C3%A9m-na-%C3%A1gua-engarrafada/a-42975575>>. Acesso em 06 ago. 2020.

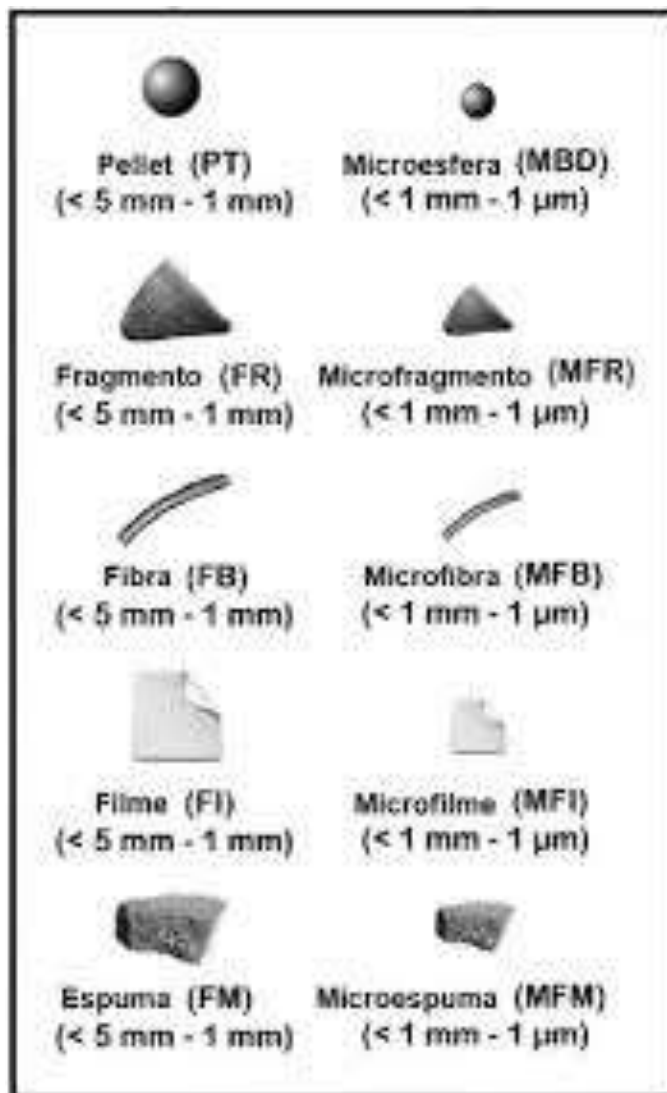
WOLF, C. R. Preparação, caracterização e aplicação de catalisadores Ziegler-Natta na produção de polietileno de alta densidade, 2004.

World Wide Fund For Nature (WWF). Caros Líderes de Estado. Disponível em: <<https://promo.wwf.org.br/plastico-peticao>>. Acesso em 10 nov. 2020.

World Wide Fund For Nature (WWF). OCEANO SEM PLÁSTICO!. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/participe/peticao_oceano_sem_plastico/>. Acesso em 10 nov. 2020.

ZIM, T. Lixo plástico (como sacolas, tampas de garrafas, fibras sintéticas de roupas ou pedaços pequenos de objetos quebrados pelo sol e pelas ondas) é encontrado no estômago de quase todas as aves marinhas do mundo. 2015. Disponível em: <<https://curiosidadeanimalbrasil.wordpress.com/2015/09/29/90-das-aves-marinhas-do-mundo-estao-comendo-plastico/>>. Acesso em 06 nov. 2020.

Anexo A – REPRESENTAÇÃO DOS TIPOS DE MICROPLÁSTICO



Anexo B – A ILHA DE LIXO DO PACÍFICO

